

**LAS LIBERTADES INDIVIDUALES Y LA PROHIBICIÓN DEL CONSUMO DE
DROGAS: UNA MIRADA CRÍTICA**

SERGIO DANIEL VARGAS VASQUEZ

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE OCCIDENTE
FACULTAD DE HUMANIDADES
MAESTRIA EN FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO
SANTIAGO DE CALI
2014**

**LAS LIBERTADES INDIVIDUALES Y LA PROHIBICIÓN DEL CONSUMO DE
DROGAS: UNA MIRADA CRÍTICA**

SERGIO DANIEL VARGAS VASQUEZ

**Tesis para optar por el título de
Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo**

Directora

VANESA MORENTE PARRA, PhD

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE OCCIDENTE
FACULTAD DE HUMANIDADES
MAESTRIA EN FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO
SANTIAGO DE CALI
2014**

Nota de aceptación:

**Aprobado por el Comité
de Grado en
cumplimiento de los
requisitos exigidos por la
Universidad Autónoma de
Occidente para optar al
título de Magister en
Filosofía del Derecho
Contemporáneo.**

DR. FRANCISCO JAVIER GUTIERREZ

JURADO

DR. RICARDO ZULUAGA GIL

JURADO

DR. REYNALDO BUSTAMANTE ALARCON

JURADO

Santiago de Cali 11 de Agosto de 2014

CONTENIDO

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.....	24
1.1 SOBRE LA ÉTICA PRIVADA Y LA ÉTICA PÚBLICA.....	24
1.2 SOBRE EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	27
1.3 EL PATERNALISMO JURÍDICO.....	31
1.4 EL PERFECCIONISMO MORAL.....	38
2. ANÁLISIS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL CONSUMO Y SU VIOLACIÓN A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES.....	45
2.1 PATERNALISMO Y DROGAS.....	45
2.2 PERFECCIONISMO MORAL Y LAS DROGAS: ¿UNA VIOLACIÓN A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES?.....	54
2.3 UN CAMINO PARA UNA REGULACIÓN ADECUADA DE LAS DROGAS.....	57
3. CONCLUSIONES.....	62
4. BIBLIOGRAFÍA.....	65

RESUMEN

El presente documento se desarrolla a partir de dos capítulos, en el primero de estos se abordan los conceptos generales sobre la temática abordada, busca contextualizar al lector frente a los aspectos teóricos que enfocan el análisis, básicamente se trabajan los temas de la ética privada y la ética pública en orden de brindar herramientas para posteriormente exponer los modelos teóricos del paternalismo jurídico y el perfeccionismo moral, también se trabaja el Derecho al libre desarrollo de la propia personalidad, en este sentido se brindan elementos que permiten el abordaje de la problemática frente a la prohibición del consumo de drogas en el Estado contemporáneo.

En el segundo capítulo se profundizan los conceptos anteriormente mencionados pero a luz de las medidas de prohibición del consumo de drogas, destacando cómo este tipo de intromisiones a las libertades individuales representan una violación a las mismas y por ende obstaculizan el desarrollo de la propia personalidad de una persona consumidora sujeto de derechos.

Por último se trabajan las medidas de regulación de la droga, desarrollando una propuesta que permite ser respetuosos con el ordenamiento jurídico constitucional, de tal manera que se protejan y se garanticen los derechos fundamentales más concretamente el Derecho al libre desarrollo de la propia personalidad configurado en el artículo 16 de nuestra constitución colombiana de 1991.

INTRODUCCIÓN

El mundo actual plantea nuevos retos a nuestro pensamiento como sociedad, esto obliga a reconsiderar aspectos paradigmáticos en términos de nuevas realidades que afrontamos. En este documento abordaremos una temática que se vincula al estudio iusfilosófico y además abarca implicaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas para nuestros Estados contemporáneos.

La situación mencionada anteriormente tiene que ver con la prohibición del consumo de las drogas en general, en este sentido se desarrollará un análisis desde el enfoque de la afectación al consumidor, siendo este un individuo titular de derechos fundamentales, en un contexto donde se aplican medidas de prohibición y coacción frente al tema.

A partir de la perspectiva desarrollada aquí es válido analizar este tema desde la óptica de la Filosofía del Derecho, dado que se desarrolla un trabajo desde el análisis de derechos fundamentales, siendo estos parte del ordenamiento jurídico de los Estados contemporáneos además de dictar las directrices por las cuales estos se rigen, derivando en una propuesta teórica en esta área.

La posición teórica a desarrollar considera como punto importante, las políticas dominantes de los Estados frente al tema, para enmarcar la investigación, puesto que estas políticas están fundadas en medidas prohibicionistas que derivan de prácticas como el *paternalismo de Estado* e incluso el *perfeccionismo moral*, pasando también por revisar cómo las estrategias que han generado los Estados en contra de las drogas se encuentran fuertemente cuestionadas, no sólo por su ineficacia sino por el sufrimiento que han ocasionado, a partir del desarrollo realizado se pretende evidenciar cómo la prohibición del consumo de drogas representa una violación clara a las libertades individuales, fundamento de los Estados contemporáneos.

Desde este análisis se pretende abordar, cómo se puede desarrollar una mejor regulación jurídica y política del universo de las drogas en nuestros Estados contemporáneos, trabajando desde el punto de vista de la prohibición o no del consumo.

Todo este trabajo se realiza a partir de la generación de reflexiones en cuanto a la vulneración de las libertades individuales de las personas y la transgresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando se tienen medidas de prohibición del consumo de drogas, las cuales se fundamentan en modelos paternalistas y/o perfeccionistas.

Es necesario entonces contextualizar el tema, en primera instancia el análisis se sitúa en un Estado constitucional de Derecho que se fundamenta en la dignidad humana, lo anterior plantea un pensamiento personalista en donde lo importante es el individuo y por ende se debe respetar, defender, garantizar y proponer al desarrollo integral de cada ser humano basándose en valores como la libertad, la solidaridad y la igualdad, también es necesario acotar que en un Estado constitucional basado en la dignidad humana ninguna norma jurídica puede ir en contra de esa dignidad, es más, debe favorecerla.

Esta concepción de Estado en la cual se está cimentando este trabajo, es una concepción liberal, un Estado de Derecho moderno, donde lo principal son las libertades individuales de los ciudadanos, las cuales están protegidas y garantizadas por el Estado, desde este punto de vista se aborda el tema de las libertades individuales, para posteriormente iniciar la reflexión sobre la prohibición del consumo de las drogas.

En primera instancia se desarrollará la concepción sobre la cual se abordará la problemática que aquí se evidencia, en estos términos es válido presentar el modelo de derechos y su fundamento sobre las cuales se articulará el tratamiento de los temas en cuestión.

Es claro que el fundamento de los derechos básicamente se encuentra articulado en clave de la dignidad humana y en unos valores morales que derivan de esta idea, estos esgrimen su comportamiento y funcionamiento en las sociedades modernas, los valores morales son igualdad, libertad, la solidaridad y la seguridad jurídica¹.

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, La dignidad humana [En Línea], Universidad Carlos III de Madrid, [Consultado el 30 de Enero de 2014] Disponible en internet:http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf?sequence=1

De acuerdo con la concepción anterior los derechos son instrumentos políticos y jurídicos idóneos para que el mayor número de personas posible alcance al mayor nivel posible, el libre desarrollo de su propia personalidad², siendo ésta el fin último de los derechos y el fundamento de la organización del Estado de Derecho.

Lo anterior quiere decir que el Estado debe garantizar y proteger que todas las personas desarrollen su propio plan de vida sin intervenir en él de manera directa ni permitir que los demás interfieran de manera negativa, esto plantea que el Estado de Derecho existe como ente garante de esos planes de vida, claro está, esos planes no pueden ir en contra de la ética pública del Estado, ética que encuentra su fundamento en la dignidad humana y los valores morales que de ésta se derivan, tampoco se pueden proteger planes de vida que afecten el libre desarrollo de la personalidad de otros.

En orden de presentar de mejor manera la sustentación, se abordará la dignidad humana y los valores que sostienen el concepto de derecho, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

El concepto de dignidad humana que adopta el presente estudio está en concordancia con la composición de diferentes autores que realiza el profesor Campoy en su obra, el concepto de dignidad humana que presenta tiene que ver con el concepto de libertad, y refiere a la condición de todo ser humano de ser digno pero esta categoría se protege y se garantiza en la medida que se respeten los derechos fundamentales de cada persona.

Ignacio Campoy expone lo siguiente en su texto *“la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano”*, siendo este acuerdo claro, ahora lo que se debe garantizar es esa dignidad para todo ser humano, por lo tanto aparece la necesidad de respetar, reconocer y proteger los derechos fundamentales de los individuos, lo anterior con el fin único de que cada individuo en el ejercicio de su libertad determine lo mejor para su concepción de dignidad o vida digna, en palabras del profesor Campoy se conforma de la siguiente manera *“el elemento esencial lo configuro en torno a la idea de que hay que reconocer, respetar y proteger el desarrollo de la vida*

² CAMPOY, Ignacio, Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos, Universidad Carlos III Madrid, 2004, p. 8

conforme a lo que la persona considere que es lo más adecuado para la consecución de su idea de dignidad humana, o, dicho de una manera más clara, lo que se trataría es de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida”³.

Ahora queda revisar esos valores que soportan los derechos fundamentales y la consecución de esa dignidad a la cual se aludió anteriormente, se iniciará con el concepto de libertad basado en el esquema sobre el cual se fundamenta la argumentación.

La concepción de libertad la cual se abordará será la que presenta el profesor Peces-Barba establecida en la libertad de elección y moral, esta representación está fundamentada en la idea Kantiana de la dignidad humana ligada a la autonomía, Peces-Barba configura su posición de la siguiente manera:

La vinculación de la dignidad con la idea de autonomía tiene dos momentos, y ambos forman parte del concepto que estamos analizando. En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición. No está garantizado que elijamos bien, también podemos equivocarnos, pero ese es un riesgo que debemos correr si queremos ser seres humanos dignos que escogen el camino a seguir. En el segundo momento, autonomía significa libertad o independencia moral y, resultado, del deber ser, la situación del hombre que ha elegido bien, es decir, que sigue las reglas que él mismo se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección.⁴

De acuerdo con lo anterior, el profesor Peces-Barba propone un modelo de libertad que se basa en el desarrollo de la libertad de elección con el fin de auto determinarse en el plano moral de cada individuo.

En su obra, Bustamante Alarcón, estudia en un fragmento este concepto de Peces-Barba, y de acuerdo al concepto anterior, entre otros presenta el significado de la libertad de elección como esa capacidad básica y exclusiva de los seres

³ Ibíd., p. 5

⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho, Universidad Carlos III Madrid, Instituto Bartolomé de las casas, 2003, p. 69

humanos a elegir, esto nos diferencia de los demás seres de la naturaleza, este concepto no se refiere a los condicionamientos o impedimentos sobre las elecciones, por el contrario Bustamante enmarca el concepto acorde a Peces-Barba en esa capacidad del ser humano que a pesar de condicionamientos de diferentes tipos, tiene la facultad de elegir entre lo bueno y lo malo, lo justo o lo injusto, aceptar o negarse, etc.⁵

Por otro lado encontramos la libertad moral, que básicamente representa la capacidad de autodeterminación de los seres humanos, en el sentido moral, esto quiere decir que actuamos y escogemos de acuerdo a una pretensión de corrección de nuestras elecciones, aunque no desde una moral objetiva no todas las morales son abiertamente aceptadas. En palabras de Bustamante se establece de la siguiente manera *“el ser humano es estructuralmente moral, lo es porque sea cual fuere su opción moral, o la manera como conduzca su propia vida, siempre le corresponderá elegir, siempre podrá escoger o asumir un ideal, actuar conforme a su personal percepción de lo que es justo o injusto, de lo que le conduce a la felicidad o a la infelicidad, sin perjuicio de su responsabilidad y de las consecuencias que se produzcan al respecto”*.⁶

De acuerdo al concepto anterior vemos esa necesaria relación entre la libertad de elección y la libertad moral, puesto que para alcanzar la segunda se requiere de la primera, entonces aparece el concepto kantiano que esgrime Peces-Barba del *dinamismo de la libertad*, este autor presenta este concepto como:

Así, la libertad de elección es la base de la libertad moral. Sólo podemos hablar de libertad moral porque existe libertad de elección, y la libertad de elección sólo es consecuente cuando actúa para alcanzar unos fines, es decir, si existe la libertad moral como objetivo. Ambas son necesarias y prescindir de una, deteriora o destruye el sentido de la otra. La libertad de elección es condición de la libertad moral, y la libertad moral meta de la libertad de elección.⁷

⁵ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio peces – barba, Universidad Carlos III Madrid, Instituto Bartolomé de las casas, 2008, pp, 192 – 195

⁶ Ibíd., p. 195

⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: Curso de derechos fundamentales, Teoría General, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III Madrid, 1995, p. 231

Del planteamiento anterior de Peces-Barba, entendemos el concepto de la libertad como la necesaria relación entre la libertad de elección y la libertad moral, pues solo de esta manera los individuos determinan el rumbo de sus vidas y sus decisiones de acuerdo a sus conceptos de moralidad, en este sentido la libertad se presenta como ese elemento que poseemos los seres humanos para determinar nuestras propias vidas acordes a nuestros preceptos morales, cabe resaltar que este es un concepto liberal, que fundamenta las libertades individuales.

Por otra parte, la Igualdad es un valor que tiene una necesaria relación con la libertad, pero de acuerdo con Bobbio en su obra *Igualdad y Libertad*, su gran diferencia radica en que la libertad es una cualidad o propiedad de las personas, y por lo tanto sus significados dependen del hecho de que esta cualidad pueda referirse a distintos aspectos de la persona como la voluntad y la acción, en tanto que la igualdad es básicamente un tipo de relación formal entre individuos, que se le puede otorgar diversos significados, se menciona que la igualdad es una relación formal debido a la necesidad de comparación para darle significado, es decir, el ejemplo que retrata Bobbio es que mientras que la proposición “*X es libre*” tiene sentido, la proposición “*X es igual*” no lo tiene, la pregunta sería “¿*X es igual a quién?*”, por ende podríamos concluir que el significado y la acción derivada de la igualdad nace a partir de las relaciones entre personas⁸.

Bobbio menciona que “*El concepto y valor de la igualdad presuponen para su aplicación la presencia de una Pluralidad de entes de los que se trata de establecer una relación entre ellos*”, básicamente está enmarcando el valor de la igualdad en el marco de acción de las relaciones formales entre las personas⁹.

Para Bobbio entonces la igualdad no significa nada sin identificar los titulares y respecto a qué cosas son iguales, lo cual desemboca en una indeterminación en su concepto, pero se pueden analizar diferentes niveles de igualdad que presenta este autor.

En estos niveles de igualdad que nos presenta Bobbio encontramos la “*Igualdad de los derechos*” que expone la atribución y el disfrute igual para todos los

⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad: Pensamiento contemporáneo* 24, Madrid, Editorial Paidós, 1993, p. 54

⁹ *Ibíd.*, p. 55

individuos de los derechos y libertades reconocidas por el ordenamiento, también expone el concepto de “*igualdad jurídica*” que significa que todos los ciudadanos son destinatarios del derecho y tienen capacidad jurídica¹⁰, aparece el concepto de “Igualdad ante la ley” que se ampara en la máxima de *todos los hombres son iguales ante la ley*, esto tiene que ver con que nadie puede ser exento de cumplir con la ley, no se está por encima de ella en ningún caso, incluso el legislador o los jueces deben cumplir el ordenamiento¹¹.

Bobbio también expone otros niveles de la igualdad como la “*igualdad de oportunidades*”, este tipo de igualdad busca que todas las personas de una sociedad tengan igual punto de partida en cuanto a necesidades para el desarrollo y el ejercicio de sus libertades, Bobbio lo compara con una carrera de atletismo, donde todos los competidores deben partir de la misma línea, este concepto de igualdad de oportunidades varía en sus condiciones en cada sociedad, en algunas se debe brindar un igual punto de partida en temas de educación o en otras se deben brindar condiciones para la vida digna en familia¹², el último de los conceptos es el de la “*igualdad de hecho*” que concretamente es la igualdad respecto a los bienes materiales o igualdad económica¹³, además Bobbio habla de las corrientes igualitarias propias del socialismo y el comunismo.

Siendo coherentes con el esquema sobre el cual se planteó hace unas líneas el valor de la libertad, cabe mencionar que esta igualdad como una relación formal entre los individuos basándose en los diferentes niveles de la igualdad que presenta Bobbio, da pistas para aseverar que la igualdad busca equiparar o nivelar las diferencias con el fin de que cada persona pueda ejercer el goce de sus derechos y libertades, que en pocas palabras significa que cada persona pueda realizar a plenitud sus propios planes de vida.

Posteriormente se debe exponer la solidaridad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, a pesar de que tal situación se convierte en una discusión en cuanto a su pertinencia como valor en dicho contexto. La solidaridad es un valor que encuentra su significado en la colectividad y el reconocimiento del otro, esto sin perder de vista que lo más importante en el ordenamiento, que es

¹⁰ *Ibíd.*, p. 45

¹¹ *Ibíd.*, p. 71

¹² *Ibíd.*, p. 78

¹³ *Ibíd.*, p. 79

asegurar que cada persona en su individualidad pueda desarrollar su plan de vida, de esta manera el profesor Campoy presenta tres postulados fundamentales sobre la solidaridad como valor superior del ordenamiento jurídico.

El primer postulado tiene que ver con la importancia que tiene la colectividad en la medida que esta también determina elementos en la vida del individuo, de esta manera la colectividad tiene que ver entonces en la conformación de los planes de vida de las personas, además en gran medida la colectividad hace posible que esos planes de vida individuales puedan realizarse.

El segundo postulado frente a solidaridad, presenta que en algunos casos ese reconocimiento e importancia de la colectividad, con el fin de respetar, proteger reconocer los planes de vida de las personas, supone en algunos casos exigir sacrificios sobre los planes de vida propios, en este sentido Campoy expone que *“el cumplimiento de los planes de vida de terceros puede, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida. De esta forma, se daría entrada a las que se conocen (aunque no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la terminología más adecuada) como medidas de discriminación inversa”*¹⁴. Las medidas de las que habla son aquellas que se toman para beneficiar a una persona que se encuentre en una desventaja social con el fin de que pueda desarrollar sus planes de vida, esto teniendo en cuenta la importancia de la colectividad, este tipo de medidas, menciona el autor, se encuentran en estos momentos en políticas o leyes como la ley de cuotas o plazas para comunidades étnicas o colectivos identitarios en el ámbito laboral y educativo, cabe aclarar que esta es una teoría que se encuentra en debate por la doctrina, pero de esta manera la asumo para el esquema de fundamentación de derechos sobre el cual se está trabajando.

El tercer postulado que se expone de la solidaridad, tiene que ver con el tema de los sacrificios de la colectividad en general, esto con el fin de tener beneficios que nos permitan el desarrollo de los planes de vida de cada uno de los individuos, este tipo de sacrificios se realizan por el beneficio de la colectividad en conjunto, por ejemplo aquellos sacrificios que van en pro de la conservación del medio ambiente.

¹⁴ CAMPOY, Ignacio. Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos, Op. Cit. , p. 20

En este orden de ideas Campoy expone el siguiente concepto de solidaridad atendiendo a los tres postulados anteriores:

De esta manera, con la incorporación de las nuevas dimensiones del valor solidaridad, el objetivo a conseguir se redefine en la que creo que ha de ser su formulación definitiva: hay que conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada una de ellas individualmente se haya dado. Constituyéndose éste en el objetivo último de toda la colectividad, que justifica la exigencia de mayores obligaciones a los individuos que componen esa colectividad, de manera que a los individuos se les pueden exigir sacrificios personales siempre que estén justificados para la consecución de ese objetivo común y sea conforme a normas universalizables, lo que impide que ese sacrificio suponga que se imposibilite o dificulte gravemente la consecución de los planes de vida por parte de quien realice el sacrificio.¹⁵

En esta medida se resume el concepto de solidaridad novedoso que presenta el profesor Campoy, es un modelo interesante desde el punto de vista de la inclusión de este concepto de solidaridad como un valor superior del ordenamiento, puesto que favorece el actuar de la colectividad y además protege el fin último del ordenamiento que es el libre desarrollo de la propia personalidad, en otras palabras el desarrollo del propio plan de vida.

De esta manera se ha presentado de modo general la problemática y el análisis en un contexto de Estado de Derecho, un concepto y fundamento de los derechos y una línea metodológica de trabajo a grandes rasgos, a continuación presentaré las problemáticas principales que abarca la prohibición del consumo de las drogas para luego centrarme en los problemas que presentan las medidas prohibicionistas derivadas del paternalismo estatal o el perfeccionismo moral.

En el estudio que realizó Rodrigo Uprimny titulado “Drogas, derecho y democracia”, se aborda con mucha precisión el tema de la legalización de las drogas, distribución, comercialización y consumo, en él se muestran las políticas existentes frente al tema además de las medidas jurídicas que se involucran en el mismo.

¹⁵ Ibíd., p. 20

Uprimny expone cómo las políticas existentes presentan unos modelos claramente identificables sobre cómo abordan los Estados estos temas, los modelos son, el más severo, *la guerra de las drogas*, los intermedios *reducción del daño y de minimización de los riesgos* y el modelo de *legalización selectiva o regulada*, por último encontramos el modelo de *Liberalización de las drogas*, a continuación se explicarán cada uno de los anteriores modelos presentados en búsqueda de enmarcar la problemática.

El primero es el modelo de “La guerra de las drogas”, este postulado expone que mediante el derecho penal se intente suprimir a toda costa cualquier consumo de ciertas sustancias, consideradas dañinas o pecaminosas, pues el Estado considera que tiene derecho a imponer modelos de virtud, según este enfoque, si no hay drogas no hay consumo de esas drogas y en consecuencia no puede haber abuso de las mismas. Por consiguiente hay que prohibir en forma absoluta su producción y comercialización, para suprimir la oferta, o al menos obstaculizar el acceso de las personas a las drogas, debido a la dificultad para obtenerlas y al incremento de los precios que comporta la penalización. Ésta es la política dominante de los Estados Unidos¹⁶.

El modelo de pretender una corrección o un estándar de virtud en la ética pública es llamado el *perfeccionismo moral*. La ética pública es el conjunto de valores morales sobre los cuales se conforma una sociedad, el Estado y el ordenamiento jurídico, este tipo de ética de acuerdo al modelo que se ha descrito de Estado y a los Derechos que este protegen, no puede ir en contra de la ética privada de cada uno de los individuos puesto que está basada en los valores de la libertad, la igualdad y solidaridad como se han asumido en este texto líneas atrás.

Retomando el concepto de perfeccionismo moral, el cual se entiende como “*la imposición a los individuos de ideales personales o planes de vida que estos no han elegido*”¹⁷, es posible notar que es contrario al de la libertad moral, pues en este modelo desde la ética pública, sustentada de una única moral privada, se le imponen modelos de virtud a los individuos, siendo extremadamente peligroso para los fundamentos del Derecho que se han venido presentando, dado que cada cual tiene derecho a determinar sus planes de vida en tanto no afecten a terceros

¹⁶ UPRIMNY, Rodrigo. Drogas, Derecho y Democracia, Texto presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL, 2002, Bogotá, p. 4

¹⁷ NINO, Carlos. Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación, Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1989, p. 413

o a la moral pública, pero si se imponen modelos morales se está limitando esa libertad de las personas, por ejemplo, si un Estado fuera confesional en el catolicismo, muchas de las políticas o normas que deriven de este Estado van a determinarse por esa fe en particular, con un modelo de ese tipo se tendrían pretensiones de corrección desde la ética pública, lo cual se traduce en que los individuos que no practiquen la religión católica actuarán en discordancia con la ética pública por ende serían sujetos en algunos casos de coacción por parte del Estado.

Continuando con el texto de Uprimny, posteriormente se expone un modelo político y jurídico frente a las drogas al extremo contrario que el modelo anterior, la alternativa de liberalización total del mercado de las drogas, que parte de una confianza en el poder regulador del mercado y de la idea de que el Estado no puede impedir que una persona se haga daño a sí misma, y por ende concluye que las sustancias psicoactivas deben estar sometidas a reglas de mercado similares a las de cualquier otra mercancía¹⁸.

En este sentido Uprimny presenta los modelos intermedios, las políticas de *reducción del daño y de minimización de los riesgos*, las cuales, con una perspectiva pragmática, consideran que es imposible suprimir el consumo, por lo cual sólo puede aspirarse a reducir los daños asociados a los usos problemáticos, para lo cual plantean que es necesario despenalizar el consumo de ciertas sustancias, a fin de evitar el marginamiento de los usuarios. El otro modelo intermedio son las estrategias de *legalización selectiva o regulada*, que algunos autores denominan de “mercado pasivo”, plantean que, con el fin de reducir los daños y efectos perversos de la prohibición, en términos de violencia, corrupción, erosión del respeto a la ley y afectación de los derechos de la persona, es indispensable ampliar o generalizar las estrategias de reducción del daño, por lo cual es necesario despenalizar y regular también la producción y la distribución de todas las sustancias psicoactivas¹⁹.

Como se puede observar las estrategias contempladas actualmente para afrontar la problemática de las drogas va desde la represión hasta la prevención, desde el punto de vista de los derechos en el modelo de “La guerra antidrogas” proponen un sistema severo de uso de la fuerza y en donde el principal objetivo es la destrucción del mercado desde el distribuidor hasta el consumidor, siendo un

¹⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Drogas, Derecho y Democracia, Op. Cit., p. 5

¹⁹ Ibíd., p. 5

elemento que vulnera las libertades de los individuos al menos desde la óptica del consumidor, esta perspectiva deja de lado elementos importantes desde la mirada social a esta problemática y es el tema de la prevención y el apoyo estatal en términos de salud, derivando entonces en la criminalización de todos los actores en la cadena de mercado, por ende se termina criminalizando el consumo.

En los otros modelos intermedios se toman en cuenta elementos de prevención, tratamiento e intervención social, restringiendo el uso del derecho y de la fuerza, para algunos estas estrategias son las más adecuadas y se han aplicado en ciudades europeas. Se menciona que las estrategias intermedias son las más apropiadas dado que los extremos llevan a modelos excluyentes y no cuidadosos con todos los componentes de un sistema, es decir con “La guerra de las drogas” le damos todo el peso al Derecho penal y se estructura de manera rígida el sistema con el fin único de extinguir la producción, distribución y consumo de las drogas, dejando de lado la prevención, el tratamiento y la intervención social. Por otra parte en el modelo de la *Liberalización de las drogas* el Estado reduce su intervención represiva pero también de tipo preventivo dejando un mercado libre, esto tendría consecuencias negativas dado que el Estado no estaría obligado a prevenir consumo o los abusos de las drogas.

De lo anterior cabe revisar sobre el papel del Derecho penal dentro del “Prohibicionismo” adoptado por los Estados en el tema de las drogas, siendo entonces que al momento de impedir o prohibir un comportamiento se está limitando esa libertad que fundamenta el Estado de Derecho y en palabras de Luigi Ferrajoli, quien no acate la prohibición es sometido a una pena, que, como su nombre lo indica, es una aplicación de dolor y sufrimiento a una persona, en la medida en que se la priva de un derecho²⁰.

Aquí cabe hablar del tema del *paternalismo jurídico*, puesto que no es solo que el Estado imponga modelos de virtud caracterizados por un *perfeccionismo moral*, sino que también existen medidas estatales que buscan proteger al individuo de sí mismo, como por ejemplo imponer el uso de casco en los motociclistas o el cinturón de seguridad en los conductores de automóvil.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Sobre la relación entre la pena como aflicción o dolor y la pena como privación de un derecho. 1995, No 29. Citado Por: UPRIMNY, Rodrigo. Drogas, Derecho y Democracia, Facultad de derecho – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Miguel Ángel Ramiro Avilés describe el siguiente significado a partir de diferentes elementos de otros autores:

“El paternalismo jurídico supone, en primer lugar, la intervención del Estado sobre el comportamiento de las personas mediante el establecimiento de normas jurídicas o el desarrollo de políticas públicas que aconsejan, desalientan, obstaculizan o criminalizan su realización.”²¹

Este concepto de paternalismo lo que muestra es cómo el Estado en su búsqueda de proteger a los individuos que los conforman, genera diferentes regulaciones para evitar que a raíz de los propios comportamientos de los individuos estos afecten sus vidas, por ejemplo, el caso del uso obligatorio del cinturón de seguridad.

Ramiro Avilés entonces presenta de la siguiente manera la problemática que trae consigo el *paternalismo jurídico*:

La cuestión principal que se dilucida es que dicha intervención estatal debe estar suficientemente justificada para que encaje y no chirríe con aquel principio que debe ser básico en todo Estado de Derecho y no limite en exceso la autonomía individual, la cual juega un papel muy importante en ese tipo de Estado ya que permite mantener la presunción de que todas las personas tienen la suficiente competencia para ejercitar sus derechos o para juzgar qué es aquello que más les conviene. El respeto a la autonomía personal garantiza que a nadie se le pueda imponer cómo debe vivir o qué debe hacer con su vida, siempre, obviamente, dentro del límite del daño a terceras personas.²²

Del fragmento anterior se puede mencionar que en realidad es justificado el paternalismo en determinados casos evidentes, pero cuando el Estado se extralimita en su uso puede llegar a afectar las libertades individuales de las personas, en esta medida la línea que separa un exceso, de un paternalismo justificado puede ser muy delgada, por ejemplo en el caso de las drogas, no existe una clara justificación para que el Estado intervenga a proteger al individuo que

²¹ RAMIRO, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico, Universidad Carlos III de Madrid. 2006, p. 221.

²² *Ibíd.*, p. 213

hace uso de estas sustancias, tal vez la medida prohibicionista y criminalista que se adopta desde el Estado solo esté limitando el ejercicio de las libertades y la autonomía de los individuos, es tan comparable con otros productos en el mercado como el alcohol, los cigarrillos o inclusive alimentos con altos contenidos de grasa, que se podría llegar a pensar que las personas deben ser protegidas de estos, pero al contrario solo se regula la calidad de los mismos pero no se prohíbe su consumo.

En general los argumentos utilizados por el Estado para aplicar prohibiciones frente al consumo de las drogas, se encuentran amparados en la defensa de la salud pública, este es un concepto que requiere una mirada profunda para los fines del presente escrito.

El Departamento Nacional de Planeación de Colombia, DNP, realiza una definición de lo que significa salud pública, basándose en criterios de salud de la Organización Mundial de la Salud - OMS y la Organización Panamericana de la Salud - OPS, define este concepto de la siguiente manera:

La salud pública se concibe como el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país, la Salud pública tiene entre sus objetivos, fortalecer la capacidad institucional de planificación y gestión; desarrollar las características y condiciones del recurso humano en salud, y elaborar procesos permanentes de investigación dirigida a mejorar las condiciones de salud individuales y colectivas.²³

En esta definición que realiza el DNP, es sencillo notar el carácter que toma el concepto de salud pública en la agenda del Estado, promoviendo estilos de vida saludables para cada uno de los individuos y además el colectivo en general, frente a este concepto y forma de entender el funcionamiento de la salud no existen objeciones evidentes, las problemáticas inician cuando estas directrices, que en algunos casos son de corte paternalista en su naturaleza misma,

²³ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. La Salud Pública [En Línea], Bogotá D.C: DNP. [Consultado el 20 de Abril de 2014] Disponible en internet: <https://www.dnp.gov.co/Programas/DesarrolloSocial/Subdirecci%C3%B3ndeSalud/Saludp%C3%BAblica.aspx>

comienzan a interferir de flagrantemente en el libre desarrollo de la personalidad de las personas sin un argumento u objetivo definido.

Aunque en líneas posteriores se trabajará de manera concreta las problemáticas sobre el abordaje de la salud pública en los Estados, cabe resaltar para el tema que aquí nos ocupa, cómo se realizan prohibiciones al consumo de drogas alegando una protección a la salud colectiva, cuando existen otros elementos de consumo que afectan la colectividad de igual o peor manera – desde el punto de vista de los argumentos usados para prohibir el consumo de drogas - y son perfectamente legales, líneas atrás se mencionaba el consumo de alcohol, cigarrillos, alimentos dañinos, etc.

Para continuar es interesante mencionar otro coste político y social del prohibicionismo, específicamente en el tema del derecho penal, este problema se encuentra en el desequilibrio causado a este sistema: leyes, policía, justicia, régimen carcelario. Se sustrajo al sistema penal de su función específica al sumarle la persecución de lo atinente al cultivo, almacenamiento, tráfico, distribución, venta, consumo y lavado de dinero ilícito²⁴.

Elías Neuman en su escrito “*Legalización de las Drogas*” expone cómo además de ineficiente es totalmente desatinado continuar con el prohibicionismo, esto argumentando como en países de América Latina, como efecto directo de la prohibición legal, se cometen muertes violentas de jueces, políticos, funcionarios, policías, periodistas, cultivadores y miembros de bandas rivales en las disputas por el dinero y el poder que mueve la gran industria de las drogas, también como las políticas de criminalización ha generado que en las cárceles la cantidad de consumidores detenidos, primarios y reincidentes, sea abrumador y esta situación termina en la saturación de los establecimientos penitenciarios.

En palabras de Neuman “*Se verifica la incongruencia de penar acciones privadas de los hombres mientras que la autolesión y la tentativa de suicidio, resultan exentas de responsabilidad criminal. Esto afecta al principio de proporcionalidad de la sanción penal con respecto al daño social frente a la comisión de ciertos delitos*”²⁵, con el fragmento anterior del texto de Neuman, podemos ver cómo tiene sentido que las imposiciones estatales sobre la vida de los individuos en su

²⁴ NEUMAN, Elías. La legalización de las drogas, Una visión latinoamericana, [Consultado el 20 de noviembre de 2012] Disponible en internet: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1996/11/11_una_vision_latinoamericana.pdf

²⁵ Ibíd, p. 151

privacidad genera innumerables cantidades de conflictos que con las políticas actuales únicamente se acrecientan.

De los planteamientos anteriores en un fragmento del texto de Uprimny se puede recoger un elemento importante, este autor menciona que un Estado fundado en los derechos de las personas no debe limitar la libertad de sus ciudadanos, ni imponerles sufrimientos, ni privarlos de sus derechos, en forma innecesaria, defiende esta tesis basándose en que ya es claro que la penalización de la droga no es un método efectivo de control de éstas además de ser una imposición que no tiene un fundamento evidente, entonces al momento de demostrar la necesidad de prohibir las drogas no se tiene una base teórica o estudios que soporten esa medida, básicamente envía un mensaje a los “prohibicionistas” aludiendo a que ahora son ellos los que deberían mostrar con claridad la utilidad de ese tipo de medidas de prohibición, y en caso de que no lo lograran, debería concluirse que dicha penalización es injusta y cruel, al ser innecesaria, entonces por ello debería ser levantada.

Otro elemento importante al cual nos acercamos líneas atrás cuando se habló del hecho de que un Estado de Derecho no debe intervenir en el desarrollo de los planes de vida de las personas a menos que dañen a terceros, sale a colación en este momento, puesto que imponer modelos de prohibición de consumo de sustancias alucinógenas en términos generales presenta un carácter dirigido a un *paternalismo jurídico injustificado* e inclusive hacia un *perfeccionismo moral*.

Con el esquema del *perfeccionismo moral* en este caso abordado, básicamente el Estado está imponiendo frente a toda la sociedad que el consumo de estas sustancias es incorrecto, esto quiere decir que lo que realmente se está imponiendo son modelos de virtud dentro de la ética pública, esto afecta esa visión liberal y pluralista de la composición del Estado en sí mismo, es entonces como vemos que se privilegia una visión del mundo sobre las demás de manera coactiva y por ende se está desmoronando el concepto de derecho y de las libertades individuales que fundamenta nuestros Estados y ordenamientos jurídicos.

De igual manera ocurre con el *paternalismo jurídico injustificado*, puesto que el Estado al extralimitarse en sus medidas proteccionistas puede tomar determinación frente a comportamientos de manera injustificada, como ocurre con el consumo de drogas, el Estado en este caso prohíbe y regula de manera coactiva un comportamiento de diferentes individuos que no afecta de ninguna manera o por lo menos no es claro, a terceros, limitando por ende de manera injustificada las libertades individuales.

John Stuart Mill resume ese papel del Estado con cada individuo y su actuar en el siguiente fragmento de su obra "*On Liberty*":

El objeto de este ensayo es el de proclamar un principio muy sencillo encaminado a regir de modo absoluto la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que sea obligación o control, bien se aplique la fuerza física, en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Tal principio es el siguiente: el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente.

Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano. Apenas si es necesario decir que esta doctrina no alcanza más que a los seres humanos que se hallen en la madurez de sus facultades.²⁶

En esta visión de Mill, pone de manifiesto una visión liberal el papel del Estado sobre el individuo particular, es notable que busca que el Estado permita a los individuos el desarrollo del dinamismo de su libertad (interacción entre libertad de elección y libertad moral) con el fin de alcanzar la consecución de sus planes de vida, esto sin llegar a afectar los planes de vida de terceros, además claramente evidencia lo nocivo de incluir elementos de virtud en la ética pública sesgando las libertades individuales y la autonomía de las personas.

²⁶ MILL, John Stuart. Sobre la Libertad (1859), Traducido al español, Ediciones Aguilar: Libera Los Libros. [Consultado el 09 de abril de 2014]. Disponible en Internet: <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>

El principio de daños a terceros que enuncia Mill, será ampliamente usado en el desarrollo de este documento, puesto que plantea dudas frente al papel de la intervención del estado en los planes de vida de los individuos, además supone una tesis netamente liberal que permite fundamentar posiciones a favor y contra de las medidas paternalistas y/o el perfeccionistas.

Hasta este punto se ha presentado de manera general aquellos conceptos que fundamentan este trabajo, también algunas de las problemáticas y conflictos que puede ocasionar la prohibición del consumo de drogas con todo lo que esto conlleva, además cómo algunas de las políticas actuales pueden incurrir en el recrudecimiento de los conflictos que por este concepto se presentan, también se ha esbozado de manera general algunas de las incongruencias que podemos encontrar en las políticas prohibicionistas con el fundamento del Estado de Derecho y sus postulados.

La meta en este documento es hacer una propuesta teórica iusfilosofía que aborde la problemática de la prohibición del consumo de drogas, para llegar a la conclusión de que las políticas prohibicionistas o simplemente la penalización del consumo de las drogas no se encuentra amparada en ningún derecho fundamental establecido (por lo menos en Colombia), de aquí se puede determinar que las políticas actuales son vulneraciones a la dignidad humana y específicamente a las libertades individuales, es posible mencionar que la prohibición solamente es una imposición de modelos de virtud determinados por el Estado, que rompen con el esquema de la autonomía e impide el desarrollo de la libre personalidad, lo cual es el fin último del Estado liberal de Derecho.

En los capítulos a continuación se ampliarán los conceptos angulares de este trabajo como lo son la ética pública y privada, el paternalismo, el perfeccionismo moral, el libre desarrollo de la propia personalidad, entre otros, para el posterior desarrollo de las conclusiones que sustentarán las tesis aquí expuestas.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

En el desarrollo del presente documento se hace necesario clarificar y exponer los conceptos objeto del análisis y las concepciones que se tienen de los mismos, esto con el sentido de presentar sobre qué aspectos se está trabajando, además de qué manera se abordan estos elementos alrededor de la temática en la que aquí nos ocupamos.

1.1 SOBRE LA ÉTICA PRIVADA Y LA ÉTICA PÚBLICA.

En el apartado anterior los conceptos de ética privada y ética pública, cobraron cierta importancia al momento de referenciar la idea de perfeccionismo moral, o líneas más atrás para exponer el tema de la libertad como valor fundante del Estado, por ende cabe dedicar un momento para desarrollar de mejor manera estos conceptos de ética privada y pública con el fin de clarificar aspectos que más adelante ayudarán al entendimiento de este documento.

Para el trabajo en estos dos conceptos se abordarán las ideas expuestas por el profesor Gregorio Peces – Barba, frente a estos aspectos, los cuales afronta de manera amplia y muy completa.

En primer lugar se trabajará alrededor de la ética pública, este es un concepto el cual nos refiere a la moral social asumida del Estado, aunque claramente esta es una moralidad que debe ser reconocida por el Derecho. En sí, la ética pública se configura como aquellos criterios de organización de la vida en sociedad, así como también el conjunto de valores morales que esa sociedad posee, la manera en que se ordena, los principios del ordenamiento jurídico y su idea de justicia²⁷.

Peces – Barba es enfático en la apreciación anterior, donde expresa que la ética pública es la moralidad incorporada al Derecho, pero no cualquier moral, no hace referencia a una única moral o cosmovisión, se refiere a aspectos más generales, que permiten la existencia de diversas éticas privadas y que la moralidad general

²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Anuario de Filosofía del Derecho: Ética pública- Ética privada, 14 Ed, Universidad Carlos III de Madrid, 1997. p. 539

no vaya en detrimento de las mismas, al contrario debe potenciarlas y fortalecerlas.

El autor menciona que la ética pública, tiene como objetivo “*Orientar la Organización de la sociedad, de tal manera que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad: capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, capacidad de dialogar y de comunicarse, y capacidad para decidir libremente sobre su camino para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad*”²⁸.

En lo que se menciona anteriormente se hace evidente, cómo la ética pública tiene una necesaria relación con la ética privada, inclusive llega a ser una relación muy similar a la ya expuesta, entre la libertad de elección y la libertad moral, que conforman el dinamismo de la libertad.

En esta relación la ética pública se encarga de configurar el Estado en clave de garantizar en la máxima medida las condiciones para desarrollar la propia dignidad de cada individuo, es decir, asegurar el cumplimiento de la ética privada de acuerdo a las características ya descritas.

Para continuar es necesario hacer explícito el concepto de ética privada para luego desarrollar la relación existente entre las dos de mejor manera.

La ética privada es la moralidad en sentido propio, como lo menciona el profesor Peces – Barba, la presenta como un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación con el objetivo de alcanzar el bien, la virtud o la felicidad²⁹. Este concepto está dirigido a cada individuo y se conforma con la visión individual que cada persona tiene del mundo, y cómo a través de esta visión afronta su propia vida para alcanzar el desarrollo de su dignidad.

Siendo clara la diferencia entre los conceptos aquí abordados es posible hablar de las problemáticas que en su relación se presentan.

²⁸ Ibíd., p. 534

²⁹ Ibíd., p. 538

En el proceso de secularización es notable la clara distinción que debe haber entre estas dos éticas y cómo si su relación se desarrolla en términos de reducción de una frente a la otra puede ser perjudicial, cuando analizamos los Estados pre modernos dominados por la Iglesia o inclusive algunos Estados contemporáneos totalmente confesionales, es claro ver la peligrosidad de la ética privada incluida en las esferas de lo público.

Lo anterior sucede dada la situación en que una concepción de lo que es el bien o una idea de justicia en específico se vuelve la moralidad del Estado, este automáticamente se convierte en excluyente con el conjunto de la sociedad, de una manera u otra la visión de una moralidad privada se comienza a volver la generalizada, situación complicada para aquellos que piensan o actúan diferente de acuerdo a esa visión, de esta manera la ética pública no maximiza en ningún aspecto las posibilidades de desarrollar la propia dignidad, en caso contrario restringe esos nobles fines.

Dadas las razones anteriores Peces – Barba es insistente en que ninguna concepción del bien puede ser el núcleo de la justicia ni de la razón pública³⁰, aunque el autor también es claro es mencionar que esto no se refiere a que las instituciones confesionales por ejemplo deban alejarse del debate de la moral pública, las aportaciones son bienvenidas como las de cualquier persona, pero estas no pueden reclamar ser verdades absolutas o únicas interpretaciones bajo algún tipo de autoridad.

El punto tocado aquí es entonces clave, puesto que la ética pública debe organizar el Estado de modo neutral, configurándose de manera amplia para la cabida de las éticas privadas de los individuos, sin que esto represente la preponderancia de una determinada concepción de justicia o del bien sobre otra.

De lo anterior es clave resaltar que la ética pública entonces debe ser una construcción de una sociedad que se sostenga en los cimientos de la razón, mas no en concepciones de la justicia privadas o totalitarias, así como debe plantear las condiciones para garantizar el desarrollo de las éticas privadas, claro está dentro de la moralidad pública, algo así como decir que la libertad de un individuo llega hasta donde empieza la del otro.

³⁰ Ibíd., p. 539

En el texto analizado el autor también expone un aspecto que muestra como preponderante en el entendimiento de estos dos conceptos, se refiere a la manera en que cada una de las éticas se aplica en los ciudadanos, es decir, la manera como los ciudadanos toman o asumen estos conceptos en la práctica, básicamente explica que la ética privada por ser una moralidad en sentido propio exige que exista una aceptación por parte del ciudadano por coincidencias con los valores jurídicos, políticos o de justicia que contiene, en tanto que la ética pública demanda un sometimiento del ciudadano ante ley donde esta reside, ya sea por consonancia con su sentido de justicia o por respeto a las normas y temor a su posibilidad de sanción, este aspecto resaltado aquí demuestra la particularidad de una y la generalidad de la otra.

En este sentido Peces – Barba habla de las patologías de las éticas pública y privada, que en principio son confusas y dependen de la perspectiva por la cual se les mire. La primera de estas tiene que ver con la patología en que la ética pública se encuentra sobre la ética privada, aquí se menciona que esta situación es propia de concepciones totalitarias, que pretenden que su ideario privado sea el de todo los ciudadanos y las posiciones políticas que defienden, abarquen las dimensiones privadas de todos los individuos en un determinado Estado.

La otra patología a la que se refiere el autor es cuando se presenta la situación de la ética privada sobre la pública, que es cuando una concepción del bien o una determinada filosofía, pretende convertirse en definitoria de la ética pública, esto es propio de Estados confesionales o fundamentalistas³¹.

Esta última patología, es el fundamento para explicar el fenómeno del perfeccionismo moral, del cual más adelante se estará haciendo una ampliación más apropiada.

1.2 SOBRE EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

En este punto es necesario iniciar con una revisión del concepto del libre desarrollo de la propia personalidad, lo cual se realiza con el fin de enmarcar el análisis que aporte a la sustentación de la hipótesis inicial, de esta manera la

³¹ Ibíd., p. 540

temática a trabajar a continuación tiene un peso conceptual importante y por ende se debe exponer de qué manera se abordará.

En la Constitución Política Colombiana de 1991, el libre desarrollo de la propia personalidad se consagra como un derecho fundamental, enunciado en el artículo 16 de la siguiente manera, “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”³², aunque en la constitución se estipule el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental, de cierta manera carece de un significado claro para el lector, en estos términos será necesario revisar a qué corresponde esta libertad, sus alcances, ámbitos de tensión, entre otros campos en los cuales se pueda aplicar.

En una investigación realizada por el instituto de ciencias penales en México, el autor del documento explica de manera concreta el significado del libre desarrollo de la personalidad, es una acertada ilustración general que permite iniciar la comprensión de este concepto:

El libre desarrollo de la personalidad encuentra su fundamento teórico en la dignidad humana. Esta constituye, junto a la vida, el valor más importante en un estado constitucional, y se traduce en la libertad que todo ser humano tiene de ser uno mismo. Es decir, que ni el Estado, ni los órganos que lo componen, ni persona alguna, pueden tener injerencia en la espiritualidad e individualidad de la mujer y el hombre. De ahí que cualquier tipo de discriminación, generada por cualquier causa, deba ser perseguida y sancionada por el ordenamiento jurídico³³.

Lo anterior es en aspectos generales una definición clara, de lo que significa el libre desarrollo de la propia personalidad, aunque sería prudente agregarle que de una manera u otra, el Estado tiene la posibilidad también de intervenir en ese libre desarrollo, como lo menciona el artículo 16 de la constitución colombiana, en cuanto existan daños a terceros – *Principio liberal de daños a terceros de John Stuart Mill* - o el orden jurídico lo determine dentro del contexto constitucional, el Estado puede intervenir en ese libre desarrollo de la personalidad en procura del desarrollo del de los demás.

³² COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA 1991. Artículo 16, de los derechos fundamentales.

³³ ONTIVEROS, Miguel. El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional). Instituto nacional de ciencias penales. México. p. 154

Este derecho, ha sido en numerosas ocasiones objeto de interpretaciones de la Corte Constitucional Colombiana, cada vez que se interpreta dicho derecho fundamental se hace alusión a sus limitaciones o por contrario las garantías que el Estado Colombiano debe otorgarle, de manera que se protejan las libertades individuales.

En la sentencia C-336/08 de la Corte Constitucional, se aborda el tema de los derechos de las personas homosexuales, como un caso que requiere interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte hace un análisis y una interpretación profunda de este concepto, inicia con un análisis de forma general, primero se evidencia la dignidad humana como el fundamento del Estado social de Derecho, lo cual implica unas obligaciones del Estado con cada uno de los individuos en la medida que no interfiera en los planes de vida de los mismos, también involucra unas obligaciones a los ciudadanos para con terceros, de tal manera que no impidan sus propios planes de vida.

Específicamente la sentencia hace referencia a la dignidad humana y las obligaciones del Estado para con la misma de la siguiente manera:

La dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para El Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida³⁴.

Se hace de este modo explícito cómo el Estado debe garantizar la protección de esta dignidad humana, ahora como una consecuencia lógica de proteger la dignidad, tenemos la protección al libre desarrollo de la personalidad, que la Corte Constitucional ha definido como “*El derecho al libre desarrollo de la personalidad,*

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336/08, 2008, [en línea], Bogotá D.C: Corte constitucional de Colombia, 2008, [Consultado el 21 de marzo de 2014], Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para auto determinarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional³⁵”.

Este derecho busca proteger al individuo en su capacidad de definir y tomar acciones referentes al rumbo de su propia vida, emprender labores de acuerdo a sus convicciones y permitir el desarrollo de su autonomía, de tal manera que viva acorde al plan que se ha trazado y de la forma que considere más apropiada.

Las grandes complicaciones en referencia a este derecho, tienen que ver con las limitantes que tiene, es decir, a través de los años se han presentado casos donde se debe definir si ciertas limitaciones van en detrimento de este derecho o no, por ejemplo, exigencias por parte de los colegios hacia sus estudiantes en su forma de vestir o su imagen personal, extensión de derechos de parejas heterosexuales a parejas homosexuales, consumo de sustancias psicoactivas, entre otros. En cada uno de estos casos la Corte ha emitido conceptos acordes a la ley por supuesto y también a razones de realidades sociales emergentes que son necesarias revisar a la luz del texto constitucional.

Frente a estas limitaciones la Corte constitucional en la misma sentencia C-336/08, menciona:

Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional.³⁶

Es indudable que estas restricciones no están necesariamente explícitas en el ordenamiento, pues como lo exige el modelo constitucional, el derecho al libre desarrollo a la personalidad evoluciona con las nuevas realidades sociales, y a

³⁵ Ibíd., Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

³⁶ Ibíd., Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

través de los años se han realizado diferentes interpretaciones para afrontar situaciones en las cuales, los creadores de la norma no pensaron, o inclusive repensar aquellas limitaciones impuestas por el Estado en el libre desarrollo de la personalidad de un individuo, argumentando con fundamentos jurídicos en el pasado, de tal manera que en el presente y a la luz de los nuevos paradigmas sociales ya no sea válido.

1.3 EL PATERNALISMO JURÍDICO.

Es esencial abordar el tema del paternalismo jurídico para el desarrollo de este escrito, pues constituye uno de los objetos de estudio sobre los cuales se desarrolla la hipótesis.

La Real Academia española define el paternalismo como la “*Tendencia a aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a relaciones sociales de otro tipo; políticas, laborales*”³⁷, Macario Alemany en su obra recoge de manera extensa los orígenes del término y cómo su evolución mostró diferentes aspectos del mismo, hasta tener inclusive una corriente específica como el paternalismo jurídico, Alemany en su texto explica cómo las relaciones laborales entre patronos y trabajadores forjaron el concepto de paternalismo.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, explica Alemany, se presentó un contexto donde algunos patronos comenzaron a fomentar prácticas en las cuales brindaban condiciones laborales óptimas, además del respeto a los contratos laborales, esta situación se comenzó a llamar *paternalismo industrial*, esto desde una connotación meramente laboral.

Posteriormente en el recorrido histórico que realiza Alemany, encontramos cómo el mundo académico adopta el término desde las ciencias sociales y humanas, esta aceptación del término y fundamentados en el espíritu y el sentido del paternalismo, como lo muestra la definición de la RAE citada anteriormente, permitió darle diferentes usos académicos y de investigación como concepto.

³⁷ Paternalismo [En línea], Madrid: Real Academia Española – RAE, 2014, [Consultado el 19 de marzo de 2014], Disponible en internet: <http://lema.rae.es/drae/?val=paternalismo>

Específicamente el paternalismo jurídico, busca reproducir esas relaciones de protección o prohibición que se dan en el ámbito familiar, como un padre protege sus hijos de ciertos “peligros” provenientes del resto de la comunidad que considera, pueden afectarlos. Un Estado emula esta relación pero con algunos individuos que considera debe proteger, aun por encima de sus decisiones de vida propias, en este punto se hace indiscutible que como un padre protege su familia de aquello que considera desde su propia subjetividad puede afectarla o hacerle daño, el Estado funciona exactamente igual, por ello y por ese carácter subjetivo en este caso la discusión sobre la justificación de tomar medidas paternalistas se torna extensa y con diferentes aristas, también toma mucha fuerza la justificación de las mismas.

Garzón Valdés define el paternalismo jurídico en un artículo en el cual se ocupa del tema de la siguiente manera, “*Es una intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma*”³⁸, Gerald Dworkin lo define como “*la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada*”³⁹, algunas definiciones son más extensas o profundas que las otras, pero de cierta manera tienen una estrecha conexión en cuanto a la idea de lo que representa el paternalismo jurídico.

El paternalismo jurídico como tal, es un concepto relativamente sencillo, lo complejo de este asunto es su justificación, corrección y pertinencia. Lo cual representa situaciones que requieren otros análisis que más adelante se abordaran.

La idea del paternalismo es básicamente la intervención o la acción del Estado de manera directa o indirecta en la libertad de algún individuo, esto en procura de su bienestar, como lo exponía Mill⁴⁰, en este paternalismo jurídico – dejando de lado elementos morales - se tienen pretensiones de corrección, benevolencia, generar el bien, evitar daños, procurar por el bien común, el bienestar social, etc. Esta idea

³⁸ GARZON VALDES, Ernesto. ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo?, En: DOXA, Vol, 5, 1988.

³⁹ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, en Sartorius, Rolf: Paternalism, cit., p. 19. Citado por: ALEMANY, Macario, El concepto y justificación del paternalismo, Tesis Doctoral, Alicante: Universidad de Alicante, 2005, p. 93

⁴⁰ MILL, John Stuart. Sobre la Libertad (1859), Op.Cit. Disponible en Internet: <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>

de intervención emula las relaciones en una familia de un padre con un hijo, dicha situación ya se ha mencionado algunas líneas atrás.

Basándonos en lo anterior, las medidas paternalistas las encontramos en disposiciones estatales de diferente índole, el caso de la imposición a los motociclistas de usar casco y chalecos reflectantes mientras conducen sus vehículos, la prohibición de venta de medicamentos sin autorización médica, el uso del cinturón de seguridad en los automóviles, desalentar el uso del cigarrillo, la prohibición de fumar en ciertos espacios y por supuesto la expresa prohibición del consumo de sustancias psicoactivas, son algunos de los casos de paternalismo que podemos encontrar en nuestras sociedades.

Para continuar se desarrollará la justificación del paternalismo y las condiciones para esa justificación. Cabe aclarar que a este punto la mayoría de autores sobre los cuales se apoya la composición de este documento están hablando de la cercanía del paternalismo con el perfeccionismo moral, este último será el término con el cual se hará referencia a medidas paternalistas fundadas en modelos morales privados o de virtud en su intervención con el individuo. La cercanía del paternalismo jurídico con el perfeccionismo moral, se puede interpretar como una línea muy delgada que los divide, inclusive conceptualmente se pueden llegar a confundir dependiendo de las situaciones y argumentos que se usen.

Manuel Atienza, en su artículo “Discutamos sobre el paternalismo” hace referencia a esta situación, el paternalismo hasta este punto del texto es posible justificarlo, pero cuando comienza a cumplir supuestos del perfeccionismo moral, se vuelve una labor muy difícil realizar una línea que los divida, inclusive el término paternalismo comienza a tener una carga negativa⁴¹.

Dado que la diferenciación entre paternalismo y perfeccionismo requiere una atención más profunda del tema, en esta parte del documento solo se hablará del paternalismo como un único concepto, aquellos aspectos que se acercan al perfeccionismo moral se trabajarán de manera separada.

En el texto de Garzón Valdés, se habla de si es posible justificar el paternalismo jurídico, este puede ser un punto de partida adecuado para abordar esta discusión, este autor inicia haciendo referencia a tres de los más importantes argumentos anti paternalistas sobre los cuales realiza una contra argumentación,

⁴¹ ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. En: DOXA, Vol, 5, 1988

de tal manera que deja la puerta abierta a la justificación de las medidas paternalistas.

El primero de los argumentos anti paternalistas es el utilitarista, formulado inicialmente por John S. Mill, este argumento expone como base fundamental que nadie es mejor juez que la persona misma, de esta manera asevera que las medidas paternalistas se deben aplicar bajo presunciones generales⁴², es decir, bajo el postulado utilitarista del bien para la mayoría posible de personas, para el caso de este argumento anti paternalista, Garzón Valdés expone diferentes tipos de contra argumentos para dicha aseveración utilitarista en este caso, en primera instancia utiliza una comparación para demostrar que no siempre una persona es el mejor juez de sí misma, poniendo en entredicho que en el hipotético caso de que un individuo firmara un contrato de esclavitud renunciando a su libertad totalmente, aunque este individuo tiene la libertad inicial de firmar ese contrato, el Estado está en todo el deber de prohibirlo en procura de la protección del bien supremo de la libertad, en este caso se ejerce el paternalismo de manera justificada.

Posteriormente continua abordando el argumento anti paternalista del respeto a la autonomía de la persona, en este aspecto se expone cómo la intervención del Estado destruye la autonomía individual, afectando la autonomía para elegir y la autonomía moral, situación derivada de la intervención paternalista⁴³.

Frente a la autonomía para elegir, Garzón Valdés despliega diferentes situaciones las cuales demuestran que este argumento en contra del paternalismo no es del todo válido y mucho menos del todo correcto, basándose en una definición de autonomía la cual indica que un individuo tiene autonomía en la medida que no existan impedimentos para que pueda ejercer su libertad, fundamentado en esta definición menciona el caso de los cinturones de seguridad y esta medida siendo paternalista de ninguna manera afecta la libertad de elección, es más siendo una restricción propende por apartar los impedimentos de ese individuo para ejercer su libertad, a contrario por ejemplo, de otra persona que no usó el cinturón de seguridad y sufre un accidente, esa situación sí puede representar un gran impedimento para que esa persona ejerza su libertad y desarrolle su propio plan de vida.

⁴² GARZON VALDES, Ernesto. ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo?, Op. Cit., p. 158

⁴³ Ibíd., p. 160

Este aspecto es bastante interesante, en cuanto se refiere al paternalismo como una destrucción para la autonomía moral, siendo así deberá demostrarse entonces que el paternalismo es totalmente inmoral para considerar que es una violación a la autonomía moral, más adelante se retomará este punto para desarrollarlo de mejor manera.

El último de los tres argumentos claves es el que presenta al paternalismo jurídico como una violación del principio de igualdad, esto basándose en la relación de supra y subordinación, en este caso se hace una recopilación de diferentes argumentos desde el punto de vista psicológico y situaciones cotidianas, entre otros, con el fin de demostrar cómo no es totalmente correcta esta aseveración.

Todo lo anterior alude a que en algunos casos el paternalismo es realmente justificable, aunque evidentemente habrá casos donde no lo sea, este pensamiento se realiza desde el punto de vista del individuo coaccionado en su libertad.

Ahora cabe sustentar aquellos elementos que Garzón utiliza para hablar de un paternalismo éticamente justificable, en este sentido el primer acercamiento el autor lo realiza desde el punto de vista del consentimiento, es decir, un paternalismo que se fundamente en el consentimiento de la persona a la cual va dirigido y por ende esta será coaccionada en su libertad, tendría una justificación, puesto que se parte del hecho de que ese individuo entiende las razones por la cuales el Estado interviene en su vida, hecho fácilmente observable en los casos de las prohibiciones a conducir vehículos en estado de embriaguez o el uso del cinturón de seguridad, frente a estos casos es posible verificar de manera clara el sentido de seguridad o de bienestar que se quiere brindar sin afectar directamente la autonomía del individuo o de inclusive, causarle dolor a partir de la coacción.

Cabe aclarar que el concepto de consentimiento al cual se hace referencia en el párrafo anterior, tienen que ver con una acción previa, mas no un consentimiento futuro, es decir, el consentimiento se debe dar de manera tal que se acepte la medida paternalista sin que esta desde un inicio represente una equivocación, puesto que frente al consentimiento futuro existen diferentes problemáticas que no son prudentes para una sociedad, pues emplear una medida paternalista esperando que en algún momento cuando ya ha sido aplicada, aquellos individuos afectados acrediten sus beneficios y terminen aceptándolas, es un escenario que se podría presentar pero no deja de ser peligroso, pues bajo esta perspectiva se podrían tomar numerosas medidas que son de una manera u otra injustificadas

esperando que en la aplicación y en la realidad sean social y moralmente aceptables.

Continuando con la revisión de la exposición de Garzón frente a un paternalismo justificable, vemos cómo el autor presenta el concepto de competencia sobre el cual se disgregan los conceptos de darán forma a la posición que Garzón presenta.

Una competencia de acuerdo a Garzón Valdés “*indica la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente y con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas que se le presenta. Puede decirse que una competencia es relativa al contexto*”⁴⁴, con esta definición es clara la idea de competencia, ahora existen diferentes tipos de estas, por ejemplo, las competencias que tendrá un ingeniero para resolver un cálculo matemático serán mayores que las de un abogado para la misma tarea, pero en otro contexto un abogado tendrá mayores competencias para la celebración de un contrato o el entendimiento de ciertos procedimientos que un ingeniero, Garzón llama a estas competencias como la del ingeniero con la matemática o la de los abogados con los contratos, competencias específicas o mayores.

Ahora se origina el concepto que dará forma a su teoría, está claro que las competencias dependen del contexto y de la especificidad del conocimiento de cada individuo, pero continuando con el ejemplo anterior, aunque el ingeniero y el abogado tienen competencias específicas diferentes, también poseen otras competencias que pueden compartir, Garzón las presenta como competencias básicas, estas son necesarias para enfrentar las situaciones y las disposiciones de la vida diaria, como por ejemplo entender una norma, una ley o inclusive tomar decisiones razonables sobre su propio futuro por ejemplo.

Desde el punto de vista anterior, es posible resumir que un sujeto es competente entonces cuando es consciente de las decisiones que toma con respecto a su vida, es capaz de visualizar el futuro y es razonable con asumir las consecuencias de sus decisiones.

Aquellos individuos que carezcan de estas competencias que se han llamado básicas, son llamados incompetentes básicos, estos se encuentran en una

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 165

desigualdad con el resto de los individuos, de esta manera se podrían justificar medidas paternalistas alegando que estas apuntan a la superación de esta desigualdad resultado de la incompetencia básica.

Existen diferentes formas de incompetencia básicas presentadas por el autor, la primera tienen que ver con la incompetencia derivada de la ignorancia de elementos relevantes del caso en el que tiene que actuar una persona, situación ilustrada por la teoría del puente roto de Mill, donde una persona se dispone a cruzar un puente, el individuo no tiene conocimiento del mal estado del puente y por ende del peligro que este representa, este sería un caso de incompetencia básica.

Otro caso que menciona Garzón es el de la incompetencia básica por la falta de fuerza de voluntad la persona, pues esta puede estar tan afectada que le impiden al individuo tomar sus propias decisiones.

La situación en la que una persona tenga una deficiencia mental o de salud, o cuando sus facultades están temporalmente reducidas, configuran otro caso de incompetencia básica.

Cuando un individuo actúa bajo compulsión, esto quiere decir que sus actos responden a amenazas externas o a efectos de hipnosis por ejemplo.

El último de los casos es la irracionalidad de la persona, cuando esta toma decisiones sin medir las consecuencias de sus actos, en este aspecto el autor presenta un ejemplo que ilustra de mejor manera esta irracionalidad, explicando como en el caso del uso los cinturones de seguridad en vehículos de manera obligatoria lo podemos encontrar, en este caso esta medida paternalista se justifica por incompetencia básica de los conductores, puesto que se entiende que dentro los planes de vida de cada persona se encuentra preservar su vida, de acuerdo a este pensamiento racional el uso del cinturón de seguridad representa una forma específica de preservar la vida, por ende una persona que no lo use estaría cometiendo un acto irracional, sería un incompetente básico.

También es viable incluir en esta categoría de incompetencia básica, aquellas personas con alguna deficiencia mental, de salud, niños o personas muy ancianas,

además es posible hablar también de personas con poca información de su entorno que por ende afecta sus decisiones.

De esta manera este autor sustenta cómo una medida paternalista se puede justificar a partir de la falta de competencias básicas en los individuos, aunque la incompetencia básica sea una condición necesaria para emplear el paternalismo no es totalmente suficiente, de igual manera es necesario anotar que se hace evidente la defensa del autor por ciertos tipos de medidas paternalistas que son justificables desde lo ético.

También es claro que no toda medida paternalista corre con la misma suerte, pues si partimos de la tenencia por parte de un individuo de competencias básicas, este puede razonar y decidir de manera acertada – para sí mismo - en casi todos los aspectos de su vida de manera libre, por ejemplo, cuando corre ciertos riesgos por placer o felicidad como sucede con el consumo de cigarrillo, el consumo de alcohol o sustancias psicoactivas, cuando decide terminar su vida porque de manera razonable considera que debe hacerlo, etc.

1.4 EL PERFECCIONISMO MORAL.

Ya se han mencionado ciertos aspectos sobre el perfeccionismo moral, inicialmente cabe volver sobre la diferenciación que se realizó anteriormente de este concepto con el paternalismo jurídico, aunque la diferencia resida solo en un aspecto, realizar la separación puede tornarse complicado, Atienza lo evidenciaba al igual que Garzón Valdés, pero en este desarrollo argumental se tomará esta diferenciación como necesaria y se abordarán los argumentos de esta situación.

El perfeccionismo moral, en su concepción básica se entiende como la vinculación de elementos de una moralidad “única y verdadera” con la moral que debe regir un Estado en su totalidad, es decir, que una moral que se determine como la moral verdadera sea tomada como aquella que todos los individuos que hacen parte de una comunidad deban practicar, esta moral única tiene un sentido netamente subjetivo, por ejemplo, imaginarse un Estado confesional, donde la moral estatal derive de una creencia religiosa determinada, tal pensamiento no permitiría la benevolencia del sistema jurídico con otras creencias.

De acuerdo a lo anterior el Estado intervendría en la vida de los ciudadanos, amparados en una moral única que nace de una ética privada, situación que necesariamente genera exclusión, discriminación, desigualdad e intolerancia, casos como la unión de parejas homosexuales o la subestimación del trabajo de las mujeres, son ejemplos de este concepto.

La discusión frente al perfeccionismo moral, es siempre recurrente en la filosofía del Derecho, puesto que en sus fibras más íntimas representa también el debate sobre la relación de la moral y el Derecho, el cual es siempre vigente.

El perfeccionismo tiene una fuerte carga negativa en cuanto al tema de las libertades individuales, es posible incluso asegurar que en ningún caso podría tener algún tipo de justificación, a diferencia del paternalismo que se presenta como una solución idónea frente a ciertas situaciones especiales.

La moral sobre la cual se rigen los Estados contemporáneos occidentales es de concepción liberal, es decir, que no existirá intervención del Estado en los planes de vida individuales, en tanto que estos no afecten a terceros, esta afirmación tiene su gran exponente en el ya mencionado John Stuart Mill, él expone estos elementos, pero aunque se sostengan estos principios existen detractores de esas posiciones al igual que defensores de las mismas.

Uno de los debates que recoge estos elementos importantes frente al perfeccionismo moral, es el sostenido por Devlin y Hart, a propósito de la comisión Wolfenden, donde se buscaba descriminalizar los actos homosexuales y la prostitución básicamente. A continuación se presentaran algunos aspectos importantes de dicho debate, recogidos en un texto de Jorge Malem en su artículo Moral y Derecho.

En las tesis de Devlin revisadas por Malem, se evidencia la posición a favor de la vinculación de la moralidad en el Derecho, una moral, en este sentido estructura una exposición en defensa de este fenómeno, Devlin sustenta que todos los sistemas jurídicos interponen una determinada moral, esto a través del derecho

penal como un medio que tiene la sociedad para defenderse de ataques que pueden destruirle⁴⁵.

Para explicar lo anterior Devlin presenta un modelo de sociedad que se compone de la política y la moral, de esta manera argumenta que toda sociedad tiene derecho a defender su propia integridad, entonces, así como una rebelión pone en riesgo la integridad del modelo político y por ende la composición social, la inmoralidad tendría iguales efectos atentando contra la integridad social, es entonces donde el derecho penal aparece como el defensor y guardián de esa moral.

La moral a la cual se refiere Devlin es a aquella que es compartida que cohesiona todo el sistema social, aunque no necesariamente corresponda a una única moral o una moral verdadera, en este sentido Malem haciendo referencia a otro autor cita:

“Lo que justifica la imposición moral es la cohesión social per se. Aunque la cohesión social requiere la integración de los individuos entorno a un conjunto de creencias morales compartidas, no requiere que las creencias que comparten sean también verdaderas, por tanto, según Devlin, una sociedad puede imponer legítimamente una cualquier creencia moral compartida que mantenga a sus miembros unidos”⁴⁶.

De lo mencionado es posible visualizar la perspectiva de Devlin en cuanto a la imposición de la moral por medio del Derecho, el problema está en concebir el tipo de moral, en este sentido Malem recoge los argumentos de Devlin, donde encuentra que básicamente su razonamiento concluye en que la moral de la que habla Lord Devlin es aquella que todo hombre de mente recta considera moral, o mejor, la inmoralidad es que aquello que todo hombre de mente recta consideraría inmoral.

La definición anterior, aunque vaga, es lo que expone Devlin, la figura de este hombre común que el ilustra es la de “El hombre del autobús de Clapham”, esta

⁴⁵ MALEM, Jorge. Moral y Derecho: De la imposición de la moral por el derecho, la disputa Hart – Devlin, En: ISONOMIA, Vol, 4, 1996.

⁴⁶ GEORGE, Robert. Social Cohesion and legal enforcement of morals: A reconsideration of the Hart- Devlin Debate, The American Journal of jurisprudence, 1990, p. 20. Citado por: MALEM, Jorge. Moral y Derecho: De la imposición de la moral por el derecho, la disputa Hart – Devlin, En: ISONOMIA, Vol, 4, 1996, p. 10

figura representa el pensamiento de un hombre medio, que no necesita un razonamiento fuerte para determinar lo moral o lo inmoral, podría pensarse como la opinión pública, la posición adoptada comúnmente frente a estos aspectos de la moral, el hombre de mente recta se utiliza para representar ese pensamiento del promedio de la población, no está de más mencionar que así como el pensamiento de Devlin esta posición se ampara en visiones conservadoras de la moral.

Malem presenta varios ejemplos que argumentan las posiciones de Devlin, un caso donde el tribunal Europeo avala la continuación de leyes en contra de actos homosexuales argumentando con base en la moral compartida por el pueblo irlandés, así como también presenta otro caso en esta misma vía.

Hasta este punto se recoge de manera muy corta la argumentación de Devlin en este sentido, hace falta su contraparte en el debate, Hart, en primera instancia Malem presenta a Hart como un defensor de la posición liberal del principio del daño, es decir, el punto de vista de John Stuart Mill, mencionando que *“se debe demostrar que la conducta punible, es o bien, directamente perjudicial, o lo es con los individuos o su libertad, o bien pone en peligro el interés colectivo, el cual es mantenido por los miembros de la sociedad para su organización. Según este punto de vista el mantenimiento de un código moral dado, no es el objetivo del derecho penal de cualquier institución coercitiva, esto es algo que debería ocupar otros organismos como la educación, la religión o la libre discusión entre adultos”*⁴⁷, desde este punto de vista rebate el argumento inicial de Devlin, donde toma el derecho penal como instrumento coercitivo de la moral, esta situación presentada por Hart tiene una fuerza demoledora frente a la posición de Devlin, cabe resaltar que el derecho penal como elemento de la moral, hace parte de la base argumentativa que Devlin utiliza para estructurar todo su andamiaje conceptual.

En el texto de Malem se recogen los demás argumentos que utiliza Hart para hacer frente a las posiciones de Devlin, estos se trabajarán a continuación para revisar cómo evoluciona este debate y hacer un posterior análisis del mismo.

⁴⁷ MALEM, Jorge. Moral y Derecho: De la imposición de la moral por el derecho, la disputa Hart – Devlin, Op. Cit., p. 14

Hart señala la equivocación de las tesis de Devlin, hace alusión al error de éste en confundir las leyes con fundamentos paternalistas que prohíben ciertos actos, esto con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen a sí mismas o a los demás, justificando que las leyes reprimen cualquier inmoralidad.

También confunde la legitimidad de la represión de la indecencia con la justificación de la represión de acciones inmorales en privado.⁴⁸

Hart critica la posición de Devlin que busca influir en la personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal, fundada en el miedo a la sanción, cuando estos fines son alcanzables por otros métodos como el educativo por ejemplo. Hart hace referencia a que este miedo a la pena frente a estos aspectos tiene que ver más con tabúes que con la moral misma⁴⁹.

En última instancia es de destacar cuando Hart rechaza la posición de Devlin de la moral generalmente compartida, puesto que no se puede gobernar o imponer la ley fundada en el populismo moral, que tendría como resultado negativo que la mayoría determinara como viven las demás minorías.

Cabe distinguir que el debate Hart – Devlin se da en un contexto de argumentación frente a la criminalización de la homosexualidad, en este sentido entonces, se deben tomar estas posiciones para luego ser generalizadas.

Más adelante se tendrán en cuenta estas perspectivas para escribir sobre el tema que aquí nos ocupa, pero es necesario mencionar que Hart realiza una crítica a las posiciones de Devlin, que podríamos llamar perfeccionistas morales, claro está, a la luz de lo que se ha venido definiendo en el presente trabajo, pero esas críticas se traen a la mesa puesto que evidencian las diferencias del concepto del perfeccionismo frente al paternalismo, lo cual ayuda a la aclaración conceptual en este documento, además de hacer un poco más gruesa la línea que separa estos dos conceptos.

⁴⁸ Ibid., p. 14

⁴⁹ Ibid., p. 15

Como se ha evidenciado es central la problemática que plantean las proposiciones perfeccionistas frente a un fundamento liberal del Estado, puesto que en vez de procurar que existan las garantías de libertades para que los individuos realicen sus planes de vida, el perfeccionismo busca orientar estos hacia las maneras correctas que la moral impuesta indique, asegurando una supuesta vida virtuosa, de esta manera no es un error asegurar que el perfeccionismo se opone a la autonomía de los individuos.

Cabe realizar la salvedad a partir del párrafo anterior, que no siempre los Estados de fundamento liberal están exentos de tomar medidas perfeccionistas, pero si es notable que con el principio filosófico de un Estado de este tipo, el perfeccionismo presenta una gran incompatibilidad.

Estas cuestiones son tratadas por Josep M. Vilajosana en su texto sobre el perfeccionismo de manera muy clara, menciona que *“El perfeccionismo, sostiene que lo que es bueno para un individuo, o lo que satisface sus intereses, es independiente de sus propios deseos o de su elección de formas de vida y que el Estado debe, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores, que en definitiva se entiende que corresponden con los de la moral crítica”*⁵⁰.

Esta visión del perfeccionismo devela su naturaleza como un fenómeno que aunque sea común en nuestra historia y en nuestras sociedades, va en contravía de los valores sobre los cuales se fundamentan estos Estados.

Hasta este punto es claro cómo se estructura el concepto del perfeccionismo, como se mencionó en el apartado sobre el paternalismo jurídico, es necesario tratar de mejor manera la separación de estos dos aspectos, Carlos Nino realiza un gran esfuerzo desarrollando esta diferencia.

Nino⁵¹, parte del hecho de que un Estado paternalista tiene un sentido más general, es decir, no busca imponer ideales privados o personales en los planes

⁵⁰ VILAJONOSA, Josep. Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal, En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Vol, 11, 2007/2008, p. 153

⁵¹ NINO, Carlos. S. Ética y Derechos humanos: Un ensayo de fundamentación, 2da Edición, Buenos Aires: 1989, Capítulo 10.

de vida de los individuos los cuales estos no han elegido, el Paternalismo – en sentido justificado – tiende a imponer conductas o cursos de acción que conduzcan a la realización de los planes de vida adoptados libremente, claro está tienen cabida todas las diferentes visiones y formas de realización que existan, en tanto no afecten la de los demás y no vaya en detrimento de los valores y principios del ordenamiento.

El perfeccionismo, como su nombre lo indica busca perfeccionar el pensamiento o el accionar de una sociedad, normalizar su conducta, establecer patrones de virtud, las formas ideales de desarrollar la realización personal e inclusive la formulación de conductas en la vida privada de las personas.

Como es posible evidenciar los conceptos abordados son diferentes, pero en casos donde se presenta un paternalismo injustificado, pueden tener cierta cercanía, puesto que si se aplica una medida paternalista a los ciudadanos y esta medida es injustificada, carece de consentimiento y viola la autonomía, tendríamos que buscarle un fundamento sobre el cual esa determinación se pueda aplicar, entonces si esta justificación no se realiza a la luz de lo objetivo o de los principios generalmente reconocidos en el ordenamiento frente a la autonomía, no queda más que mirar hacia la dimensión del perfeccionismo con una moral privada que busca imponerse sobre las demás, con esto podemos decir que es posible tener un punto de inflexión donde la separación entre las medidas paternalistas y el perfeccionismo es indudable y se encuentra generalmente, donde el paternalismo deja de ser justificado.

En este punto se han desarrollado los conceptos sobre los cuales se edifican los argumentos de este trabajo, en el siguiente capítulo resta abordar la hipótesis propuesta a la luz de los elementos revisados, esta consiste en demostrar la vulneración de las libertades individuales de las personas, como lo es la transgresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando se tienen políticas prohibicionistas, que se fundamentan en modelos paternalistas y/o perfeccionistas en el tema de las drogas.

2. ANALISIS SOBRE LA PROHIBION DEL CONSUMO Y SU VIOLACION A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES

2.1 PATERNALISMO Y DROGAS.

Para realizar un correcto desarrollo de la hipótesis es necesario plantear elementos que guiarán este proceso, de manera inicial se trabajará el concepto del paternalismo específicamente en el tema de las drogas y los fundamentos sobre los cuales se apoyan las medidas de prohibición, abordando la salud pública y argumentos comparativos, buscando demostrar cómo en estos casos el paternalismo jurídico se encuentra injustificado y pasa a existir una medida perfeccionista moral lo cual, como se indica en la hipótesis inicial, destruye el libre desarrollo de la personalidad y las libertades individuales de los ciudadanos.

Como se analizó anteriormente el concepto de paternalismo busca la protección del individuo en un Estado, emulando la figura de un padre en búsqueda del bienestar de sus hijos en el entorno familiar, las medidas paternalistas tienen la suerte de ser ampliamente aceptadas puesto que son razonables en el pensamiento común, este tipo de acciones son inclusive necesarias para que la función de brindar protección de un Estado tenga mayores garantías.

Teniendo esto en cuenta podemos encontrar medidas paternalistas que se aceptan casi sin ningún tipo de resistencia por parte de sus afectados, la conducción con casco en el caso de las motocicletas o el uso obligatorio del cinturón de seguridad, representan medidas que el ciudadano vincula con criterios razonables de protección a la vida y acata de manera natural – en la mayoría de ocasiones –, la prohibición de fumar cigarrillos en sitios públicos, por ejemplo, es una medida de paternalismo que busca la protección a la salud pública, puesto que de acuerdo a diferentes estudios, los fumadores pasivos pueden ser igualmente afectados por el mismo cigarrillo, este tipo de medidas se encuentran amparadas por el principio liberal de daño a terceros.

Cabe aclarar que para algunos el paternalismo puede verse como una violación a las libertades individuales, pero como se estudió en el capítulo pasado no necesariamente por ser una intromisión en la vida personal de los individuos tiene

una connotación negativa o incorrecta, en algunos casos el paternalismo es completamente justificable e inclusive necesario.

La problemática radica en implementar una medida paternalista que de incluir un contenido ético específico, diferente a los contenidos morales que fundamentan el Estado de Derecho, pasa a ser parte de otro terreno, deja de ser entonces paternalismo y atraviesa la frontera hacia el perfeccionismo moral, esta distinción como se ha venido trabajando marca la delgada línea entre un concepto del otro. En los casos de perfeccionismo moral no es tarea fácil sostener este tipo de medidas sin otorgarle una carga negativa, puesto que coarta las libertades en búsqueda de la normalización de un único modelo de virtud.

Es posible afirmar entonces que el paternalismo justificado es aquel que se encuentra acorde a la ética pública de un Estado, que de acuerdo a la definición de Peces-Barba, debe permitir que cada individuo alcance todas las dimensiones de su dignidad, como son, tener capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, también capacidad para decidir libremente sobre su plan de vida para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad.

En este sentido el paternalismo justificado no debe ir en contravía de la realidad que plantea la ética pública, aunque se pueda entender como una contradicción la intromisión del Estado en ciertos aspectos de la vida cotidiana de las personas, como la capacidad de libre elección por ejemplo, en los casos justificados, estas se deben entender como elementos que permiten el alcance y desarrollo de los planes de vida de los ciudadanos de manera libre.

Para ilustrar esta situación cabe recordar que en el capítulo anterior se utilizó el ejemplo del uso del cinturón de seguridad con el fin de demostrar que esta es una medida paternalista justificada, puesto que permite la protección de la vida, dado que sin la vida no es posible desarrollar los planes individuales en general, es entonces racional pensar que se debe proteger este bien, además sería muy difícil categorizar el uso del cinturón de seguridad como una medida que responda a una ética privada o sea establecida a causa de una moral única.

En estos caso de paternalismo justificado donde se evita que una persona se dañe así misma, es evidente su importancia, aunque dependiendo del concepto de daño que se utilice y la forma en que este se aborde, podremos encontrar casos que

argumentan este principio de manera forzada con el fin de justificar una medida paternalista y establecer su separación de la ética privada, este será uno de los argumentos a utilizar en la defensa de la hipótesis, debido a que en el caso de las drogas se argumenta su prohibición aludiendo posibles daños a la propia persona y a terceros entre otros aspectos.

En el consumo de drogas por ejemplo, muchos países como Uruguay e inclusive Colombia - De manera más moderada - , han sido progresistas en levantar las sanciones penales al consumo mínimo de algunas Drogas, aunque haciendo la salvedad de que no todos los tipos de drogas son legales, su producción y distribución sigue siendo ilegal, al igual que su consumo en grandes cantidades, de cierta manera la prohibición es latente y se toman medidas penales debido a esta situación, entonces vemos cómo un consumidor camina en el filo de la cornisa todo el tiempo, puesto que lo único que se interpone entre él y la cárcel, es un gramo de droga de más.

Es posible analizar la prohibición del consumo de drogas de manera general, como una medida paternalista que busca el bienestar de los consumidores y la protección de la salud pública, a costa de coartar su libertad de elección y el desarrollo de su propia personalidad, inicialmente es válido analizar este tema a la luz de los casos donde es posible argumentar incompetencia básica, en la caracterización realizada por Garzón Valdés.

En el primero de los casos ilustrados por Garzón Valdés⁵², explica como una de las premisas para hablar de carencia de competencias básicas, es cuando un individuo no tiene la información suficiente para determinar el daño que puede causarse a sí mismo. Aplicando este principio a la cuestión de las drogas, es posible mencionar que la información o desinformación en algunos casos, de los efectos que las drogas causan están disponibles para cualquier miembro de la sociedad, los ciudadanos reciben información de las campañas publicitarias en contra del consumo, la educación en las escuelas, la prevención en los barrios y los imaginarios colectivos que abundan en la sociedad frente a estas sustancias, claro está, se podría decir que estas acciones mencionadas no son suficientes, pero si brindan la información que permite el conocimiento de los efectos de las drogas, en este sentido aludir a la falta de información como una incompetencia básica para prohibir el consumo representa un error conceptual y práctico.

⁵² GARZON VALDES, Ernesto. ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo? En: DOXA, Vol, 5, 1988, Op. Cit., p. 166

En el segundo de los casos encontramos la falta de competencias básicas por motivo de una fuerza de voluntad reducida o tan afectada de tal manera que el individuo no puede tomar sus propias decisiones, en esta premisa se encuentran la mayoría de argumentos para el sostenimiento de una prohibición, pero es una pretensión que se cae por su propio peso, puesto que es imposible generalizar en el universo de todos los consumidores de un territorio determinado aludiendo a la poca fuerza de voluntad para tomar la decisión de consumir drogas o no hacerlo.

Es evidente que existen casos de consumidores de drogas que se enmarcan en las condiciones resaltadas anteriormente, pero no son para nada diferentes de situaciones de alcoholismo, ludopatía o tabaquismo, las cuales se visualizan como problemáticas pero no por ello se prohíben los hábitos que las causan, en este caso no podríamos justificar la prohibición del consumo de drogas como una medida paternalista.

Para el tercer y cuarto caso donde se alude a la incompetencia básica por la falta total o temporal de las facultades mentales, y también a la compulsión, podría mencionarse el mismo argumento del párrafo anterior, en términos que de los efectos de las drogas son similares a tantos otros generados por diferentes causas, en este sentido la regulación del consumo tiene otras dimensiones, pero sigue siendo una premisa que no es posible generalizar, para el caso de la compulsión es igual, no es generalizable como para hacer de la prohibición una política general.

En la situación de la incompetencia básica derivada de la irracionalidad, se presentan aspectos poco claros, de acuerdo a lo expuesto por Garzón Valdés, esta premisa se explica en saber que se quiere obtener X y que para ello se debe proteger o disponer de Z, entonces en caso de no se preservar Z estaríamos siendo irracionales, siguiendo esta línea argumental si se quiere preservar la salud, entonces se debe llevar una vida sana, si no lo hago sería irracional, - podríamos cuestionar ¿la vida sana en qué sentido? - , pero al imponer una prohibición a luz de esta argumentación se estaría coartando la libertad de aquellas personas que determinan en su plan de vida el consumo como una opción totalmente racional, la cual deriva de un proceso de análisis del proyecto de vida individual.

Acorde a lo anterior encontramos los primeros indicios que direccionan a inferir que el paternalismo no es precisamente el modelo que se edifica alrededor de la prohibición del consumo de drogas, este aspecto se reforzará más adelante, por

ahora es importante hablar de la prohibición de las drogas de manera general para luego tener más elementos para sostener esta conclusión preliminar.

La prohibición del consumo se fundamenta básicamente en dos aspectos, el primero tiene que ver con la protección de la salud pública, en términos de los costos en salud de los consumidores, las repercusiones familiares, los entornos saludables y las implicaciones en la salud misma del consumidor, que de acuerdo a algunos estudios como el de la OEA sobre drogas en América, demuestra la posible afectación a la propia salud que una persona consumidora puede tener.

El segundo fundamento es de tipo social, se articula en términos de los hechos delictivos asociados al consumo de drogas, la ilegalidad de estas sustancias permite que la violencia sea un factor articulado con toda su cadena de producción y distribución, esto como se expuso al inicio de este documento, correspondería al fundamento del modelo de guerra contra las drogas que expone Rodrigo Uprimny.

Estas explicaciones presentadas corresponden a elementos que giran alrededor del mundo de las Drogas, ahora es importante revisar el estudio de la OEA, Drogas y salud pública, en este documento se menciona lo siguiente:

Entre las repercusiones sociales más importantes del consumo de sustancias se incluyen el mal desempeño y el abandono escolar, la falta de productividad en el trabajo y el desempleo, los costos económicos para el enfermo y su familia, el delito y la violencia.

La violencia constituye un problema de salud pública, con altos costos individuales, sociales y económicos. En el contexto del problema de las drogas, la violencia se manifiesta de muchas formas, desde los conflictos a gran escala sobre la producción y el tráfico, a los delitos de la calle que se cometen bajo los efectos de sustancias o para obtener dinero y proveerse de drogas⁵³.

En este fragmento del estudio se pueden comprobar los argumentos a favor de la prohibición que anteriormente se presentaron, estos elementos en ningún momento representan falsedades o estudios desacertados, no hay que analizar

⁵³ DROGAS Y SALUD PUBLICA, El problema de las drogas en américa: estudios [en línea], Washington: Organización De Los Estados Americanos – OEA, [Consultado el 17 de abril de 2014], Disponible en internet: http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsPublicHealth_ESP.pdf

con mucha profundidad la historia de Colombia para encontrar las repercusiones violentas de la producción, distribución y consumo de las drogas, tampoco es posible negar que la utilización de drogas tiene repercusiones en la salud del consumidor, por ende hasta este punto, la prohibición representa una medida paternalista con gran razonabilidad.

Ahora analicemos la aceptación por parte de la ley frente al consumo de sustancias alcohólicas, en la sociedad actual el alcohol es un elemento de la cotidianidad, representa la cohesión en las reuniones sociales, se acepta su consumo de manera inmediata e inclusive en sentido negativo llegamos a reconocer que el alcohol nos representa muchos problemas sociales y de salud, aun siendo así su consumo no es restringido más que por razones de edad, lo cual en Colombia al menos es una medida sobre la cual no se tiene control.

En el estudio de la OEA del alcohol se presenta lo siguiente:

La evidencia en algunos países muestra que la probabilidad de cometer un acto violento es mayor en individuos usuarios de alcohol, metanfetaminas, cocaína, benzodiacepinas e inhalables. Cerca de 50% de los agresores que comenten homicidios se encuentran intoxicados con alcohol o drogas ilícitas (principalmente marihuana o cocaína) al momento de cometer el crimen. En el informe de la OPS Alcohol, Género, Cultura y Daños en las Américas se estima que en algunos países más del 25% de los hombres y del 15% de las mujeres ha iniciado peleas encontrándose en estado de ebriedad. La relación entre el consumo de alcohol y la violencia de pareja ha sido reportada en distintos estudios. Alrededor del 50% de las mujeres receptoras de violencia identifican que su pareja se encontraba bajo los efectos del alcohol al momento de agredirlas⁵⁴.

De acuerdo a lo anterior se puede analizar que no solo las drogas tienen efectos negativos en el aspecto de la salud y la generación de violencia en la sociedad, el consumo de alcohol a pesar de ser aceptado y no penalizado por las autoridades, corre con la suerte de tener igual o peores consecuencias que el consumo del algún tipo de droga, esto sin mencionar los daños a terceros cuando se conduce en estado de ebriedad por ejemplo.

⁵⁴ Ibíd. Disponible en internet:

http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsPublicHealth_ESP.pdf

Lo que aquí se indica, es la peculiaridad que tiene la prohibición del consumo de un producto y la total admisión del otro, cuando en muchos aspectos tienen los mismos efectos frente a la salud e impactan de igual manera la sociedad, puesto que ambos elementos alteran la conducta normal de una personas, situación que puede llegar a consecuencias negativas de violencia entre otras problemáticas anteriormente mencionadas, claro está, en el caso de las drogas la violencia alcanza unas características distintas, esto debido a la esfera de ilegalidad en la que se encuentran.

De igual manera podríamos encontrar el mercado atestado de productos que generan daños a la salud los cuales se encuentran totalmente aceptados por el Estado, además sin mayor regulación, el consumo de cigarrillo, es un claro ejemplo de esto.

El Estado permite que una persona en el ejercicio de su libertad decida fumar sin mayores problemas, de esta manera protege el plan de vida del individuo que sostiene este estilo de vida aun cuando es de conocimiento general los graves daños a la salud que conlleva este hábito.

Así como el cigarrillo, es posible hablar de la libre venta de alimentos transgénicos o con altos niveles de grasa que afectan ostentosamente la salud, el uso desmesurado de plásticos que afecta la salud individual y colectiva a través de la afectación al medio ambiente, entre otros incontables casos donde el Estado es permisivo ante productos que afectan en mayor o menor medida la salud del ser humano.

Retomando el caso del consumo de alcohol en la comparación realizada con la utilización de drogas, se evidenció que en los dos casos se presentan resultados similares para el consumidor, claro está, acorde a los resultados presentados por la OEA, algunas drogas son más dañinas para la salud que otras, pero estos factores también responden a elementos como periodicidad de consumo y la forma en que se realiza.

En este punto es necesario enfatizar en que este documento está lejos de ser una crítica a hábitos como el consumo de drogas, tampoco es una defensa a este comportamiento, básicamente se pretende analizar las medidas de prohibición y su coherencia con la ética pública y de esta manera realizar posteriores análisis, aunque es válido mencionar que las drogas son tan dañinas para la salud como cualquier otra cantidad abismal de productos que se encuentran legalmente en el supermercado.

No es posible desconocer las consecuencias similares que conlleva el consumo de drogas o alcohol, deserción escolar, violencia intrafamiliar, violencia de género, costos en salud e inclusive en la época de la prohibición del alcohol en EEUU encontramos los mismos tipos de violencia que generan las drogas hoy en día, esto debido a la connotación de ilegalidad en que se encontraba el alcohol.

Antonio Escohotado en su obra trabaja entre otros aspectos, el tema de la violencia derivada de la prohibición, en un fragmento de su libro Historia de las drogas expresa lo siguiente:

Hasta 1910, los usuarios norteamericanos de opiáceos naturales eran personas de la segunda y tercera edad, casi todas integradas en el plano familiar y profesional, ajenas a incidentes delictivos; en 1980, gran parte de estos usuarios son adolescentes, que dejan de cumplir todas las expectativas familiares y profesionales, cuyo vicio justifica un porcentaje muy alto de los delitos cometidos anualmente. ¿Será que los opiáceos cambiaron, o cambiaron los sistemas de acceso a estas sustancias? Cabe decir la misma cosa de las sobredosis involuntarias: ¿cuántos usuarios de heroína o cocaína murieron por intoxicación accidental cuando el fármaco era vendido libremente y cuántos murieron después de que se tornaran ilegales? ¿Puede atribuirse a cosa distinta del derecho vigente la inundación del mercado por sucedáneos mucho más baratos y tóxicos que los originales, como el crack?

Por más que se quieran presentar estos y otros efectos como desgracias imprevisibles, surgidas fortuitamente al defenderse la moralidad y la salud pública, el argumento objetivo deja de lado el hecho de que las condiciones vinculadas a la satisfacción de un deseo determinan decisivamente sus características. La realidad sociológica en materia de drogas es una consecuencia, y no una premisa, de su status legal.

Cuando se escamotea el efecto de la condición sobre lo condicionado, todo queda a merced de profecías autocumplidas, como la de aquel astrólogo inglés que tras adivinar cierto incendio futuro tomó la precaución de encender personalmente el fuego, a la hora y en el lugar ordenado por los astros.⁵⁵

En la esfera de la ilegalidad, lo oscuro que representa el acto de acceder a la droga, generan elementos delictivos, ocultos, ilegales y violentos, en el fragmento del libro de Escohotado se recoge de manera concreta esta realidad con el ejemplo del uso de opiáceos en EEUU al igual que se representa gráficamente con la metáfora del astrólogo inglés, a partir de esto es posible entender que el

⁵⁵ ESCOHOTADO, Antonio. Historia general de las drogas [en línea], [Consultado el 02 de mayo de 2014], www.escohutado.org. Disponible en internet: <http://www.escohutado.com/historiageneraldelasdrogas.asp>

Estado en la cruzada por eliminar la producción, distribución y consumo de drogas ha generado mayores problemáticas que las drogas mismas, fenómenos ajenos a sus efectos inmediatos nacen desde la ilegalidad y los métodos de acceso criminales a las estas.

Acorde a lo anterior y continuando con la comparación entre drogas y alcohol encontramos entonces que frente a problemáticas con causas similares al igual que sus efectos, tenemos soluciones diferentes, mientras el alcohol es totalmente permitido, las drogas corren una suerte distinta, en este punto es posible resumir esta contradicción con la siguiente pregunta, ¿por qué problemas con causas y efectos similares tienen tratos diferentes?

En el caso hipotético en que seamos consecuentes con la argumentación que soporta la prohibición del consumo de drogas, el alcohol a comparación, también debería ser ilegal, esta situación sirve a manera de ejemplo para ilustrar la gran diferencia que se plantea en cada una de estas situaciones, pero cabe resaltar que el extremo prohibicionista tanto para las drogas como para el alcohol va en detrimento de las libertades individuales y coarta el libre desarrollo de la propia personalidad.

Tomando en cuenta lo anterior apuntamos a que la medida paternalista frente a las drogas no es justificada, puesto que las explicaciones que la soportan no guardan coherencia con una ética pública del Estado, aquí se evidencia cierto capricho en la política Estatal que dispone su aparato coactivo para ejercer la represión del consumo de sustancias psicoactivas excluyendo de esta esfera el alcohol.

Esta comparación permite señalar que ya no es posible hablar de medidas paternalistas de prohibición frente a las drogas, el cuestionamiento que resta abordar es entonces bajo qué criterios o con qué fundamentos estas medidas operan en el sistema Estatal, acorde a los modelos trabajados en el capítulo anterior, el paternalismo justificado tiene coherencia con la ética pública esto quiere decir que no afecta las éticas privadas y que mucho menos obstruye el desarrollo de los planes individuales de vida de los ciudadanos.

Entonces si el fundamento de estas medidas de prohibición no es la ética pública, y no es posible hablar de paternalismo justificado en este caso, resta consultar bajo qué modelo se pueden analizar, todo apunta a que esta es una disposición la cual cumple con las premisas para ser una medida perfeccionista, fundamentada

en una moral única o una ética privada en especial que se impone sobre las demás.

2.2 PERFECCIONISMO MORAL Y LAS DROGAS: ¿UNA VIOLACIÓN A LAS LIBERTADES INDIVIDUALES?

Como lo vimos anteriormente, si la prohibición de la droga no es objetiva y al contrario se realiza de manera arbitraria, podemos visualizar cómo entonces estas medidas se desarrollan al compás de cosmovisiones particulares, que vinculan el consumo de drogas con una degeneración o una aversión al modelo de virtud que se pretende imponer, caso contrario con el alcohol el cual se encuentra aceptado bajo esa determinada y única visión del mundo.

Las medidas perfeccionistas disponen elementos arbitrarios frente a las justificaciones necesarias para soportar su funcionamiento, es decir, que al argumentar desde posiciones subjetivas y desde una moral específica de un grupo de personas determinado, termina por responder a criterios que no son defendibles bajo el amparo de la ética pública del Estado, aunque pretende estarlo claro está.

Es posible utilizar el caso del matrimonio igualitario para personas homosexuales como un elemento demostrativo de esta situación, gran parte de los argumentos utilizados para el debate sobre esta realidad en el Congreso de la República tendían a ser de tipo religioso y recogían elementos de las costumbres conservadoras, las intervenciones en contra pecaban por su alto contenido negativo hacia la comunidad homosexual amparado en cierta moral cristiana, los partidos más conservadores se valían de este tipo de argumentación para desestimar este tipo de iniciativas las cuales pretendían defender derechos elementales de los ciudadanos de esa determinada comunidad.

El ejemplo anterior permite ilustrar esa vinculación de la ética privada en la esfera de lo público, esclarece de cierta manera las problemáticas a las que puede llevar cuando una única moral o una única cosmovisión son los elementos más importantes a la hora de interpretar las realidades sociales y culturales, se transgreden determinadas libertades y derechos en razón de defender aspectos que no hacen parte necesariamente del ordenamiento jurídico como tal.

El caso de las drogas no está muy alejado de esta realidad, como se revisó en el capítulo introductorio históricamente la posición del Estado frente a estos temas ha sido potente, se implementaron modelos de guerra directa contra la drogas con grandes inversiones de dinero en la supuesta defensa de la sociedad de este mal que la acecha, también cabe resaltar que las drogas a través de la historia han sido tomadas por nuestra sociedad de manera negativa puesto que representan la degeneración del ser humano y su falta de moral en el caso del consumidor, estos elementos que se imponen desde las políticas de los diferentes gobernantes desconocen incluso ciertas prácticas ancestrales que ejercen las comunidades indígenas con sustancias psicoactivas, que a partir de estas apreciaciones se tornan negativas a pesar de ser utilizadas en estas ceremonias con mucha anterioridad al sistema establecido actualmente.

Escohotado realiza una crítica importante en este sentido, en el fragmento a continuación es posible ver cuestionamientos desde el punto de vista económico frente a la prohibición de drogas pero también es posible visualizar elementos morales sobre los cuales realizar apreciaciones.

No es sustentable que el usuario de drogas ilícitas sea un toxicómano (maníaco consumidor de venenos) mientras el usuario de drogas lícitas constituye un bebedor o un fumador. Pero esta incoherencia permite mantener un negocio imperial a nivel planetario, exhibido sin el menor recato en todo el Tercer Mundo. Esos territorios son sometidos a extorsiones políticas, a devastaciones botánicas y a la persecución de sus campesinos, porque producen la materia prima de los principales agentes psicoactivos ilícitos, una materia que mata a occidentales a miles de millas de distancia; al mismo tiempo, es allá, en el Tercer Mundo, donde actualmente son vendidos en masa los agentes psicoactivos lícitos, desde el tabaco y el alcohol a estimulantes y sedantes patentados, con una propaganda destinada a fulminar cualquier competencia de sus fármacos tradicionales⁵⁶.

Líneas atrás se realizaban cuestionamientos sobre el tratamiento desigual entre drogas y alcohol, en el escrito de Escohotado es posible encontrar argumentos desde diferentes puntos de vista que explican esta situación, se centrará el análisis en los elementos morales para los fines de este documento, como se puede ver, la contradicción que existe entre toxicómanos y bebedor o fumador que se menciona explícitamente en el fragmento anterior deja un vacío muy grande en las medidas prohibicionistas, por lo tanto no es descabellado pensar que otros intereses rigen estas determinaciones políticas.

⁵⁶ Ibíd. Disponible en internet: <http://www.escohotado.com/historiageneralde las drogas.asp>

Acorde a lo anterior y utilizando las palabras de Escotado, podemos inferir que la libertad en el desarrollo del plan de vida de aquel ciudadano que desarrolla sus actividades alrededor del alcohol o el cigarrillo se encuentra intacta, el Estado de manera directa protege al bebedor o fumador, es más, propicia las condiciones sobre las cuales se pueden practicar estos hábitos de vida. Podría decirse como conclusión que las libertades del bebedor o fumador están realmente protegidas aun cuando esto represente problemáticas anteriormente mencionadas.

¿Entonces qué sucede con las libertades individuales del consumidor de Drogas?, En el marco del perfeccionismo moral en el cual se ha encajado las medidas prohibicionistas, podemos encontrar fuertes elementos de violación a las libertades individuales de manera general, en el tema de las drogas la prohibición impide que el ciudadano decida por sí mismo la conveniencia o no del uso de sustancias psicoactivas, acorde a la cosmovisión, los valores, ideologías, teorías, pensamientos, sentimientos, entre otra cantidad de elementos que determinan las acciones del ser humano, lo cual se ve transgredido en el mismo momento en que se impongan acciones coactivas para el consumidor por ejemplo, puesto no que tiene la libertad de desarrollarse como persona individual.

Todos los indicios apuntan a que la medida perfeccionista moral frente al consumo de drogas, encuentra su fundamentación en la degradación moral que esto plantea, en la raíz misma de estas medidas se encuentra la necesidad de atribuir a los individuos un modelo de conducta adecuado a lo que representa la virtud y la moral impuesta.

Vemos cómo las libertades individuales de un individuo que es consumidor de drogas pero por sobre todas las cosas, sujeto de derechos, se ven coartadas, esto a la luz de una moral que define su práctica como indebida y degenerada, en realidad las medidas de prohibición resultan teniendo grandes rasgos de arbitrariedad, como se ha venido desarrollando a lo largo de este análisis, los consumidores ven como la articulación de sus planes de vidas, sus metas y objetivos, resultan siendo desechos como resultado de la no alineación al modelo impuesto o en otras palabras al capricho de la moral única que determina lo virtuoso de una situación u otra.

Acorde a lo anterior estos elementos de prohibición resultan siendo contrarios a la carta magna que rige la organización del país, en el artículo 16 de la constitución colombiana del 1991, se menciona *“Todas las personas tienen derecho al libre*

*desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*⁵⁷.

En este artículo de la constitución se estipula el Derecho que se transgrede de manera directa con las medidas de prohibición frente a las drogas, aunque en sus aclaraciones plantea posibles situaciones en el ordenamiento en las cuales se permite limitar el ejercicio de este Derecho Fundamental, aquí pueden caber numerosas apreciaciones frente a la interpretación de este aspecto en específico, claro está, anteriormente se realizó una defensa del paternalismo en los casos justificados, los cuales limitan la libertad, pero resaltando que gozan de razonabilidad y coherencia en el sistema.

Aquí cabe recordar que anteriormente se indagó en que la prohibición del consumo de drogas no es coherente ni sustentada, pues en comparación con otros elementos totalmente permitidos, que derivan en daños físicos y sociales iguales o peores, existen diferentes regulaciones por parte del Estado, el cual prohíbe por un lado y es totalmente permisivo por el otro.

Continuando, en el caso del perfeccionismo, pretender universalizar una moral única, es en sí mismo ejecutar un acto que transgrede al libre desarrollo de la propia personalidad, argumentar sobre la verdad única para identificar lo que es bueno para un individuo y lo que es moralmente reprochable es un error gigante en estos casos, puesto que se están definiendo los destinos de la propia persona, la regulación de sus formas de actuar, de sus prácticas sociales, de su esfera individual, cultural y moral, en pocas palabras su plan de vida.

2.3 UN CAMINO PARA UNA REGULACIÓN ADECUADA DE LAS DROGAS.

Es clave iniciar este apartado limitando y enfatizando los alcances de las ideas aquí desarrolladas, cabe resaltar que el análisis se realiza desde una visión meramente teórica, en otras palabras se trabaja desde la dogmática jurídica,

⁵⁷ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA 1991. Artículo 16, de los derechos fundamentales.

enfocando el desarrollo del análisis en la esfera de los Derechos Fundamentales, en este sentido dista en muchos aspectos de ser un estudio normativo.

Acorde a lo anterior se continúa la discusión aquí abordada y como se ha venido desarrollando en este análisis, la política de prohibición del consumo de drogas no genera más que interrogantes, si se realiza una atenta mirada desde el punto de vista práctico, encontraremos cómo los ciudadanos Colombianos han sido víctimas de las consecuencias que conlleva la esfera de ilegalidad en que las drogas se encuentran. En carne propia los ciudadanos Colombianos han vivido la tortuosa guerra contra las drogas, las retaliaciones entre carteles, los estragos del micro tráfico, la degradación del consumidor al nivel de paria social, el dinero de la droga circulando sin control por el país y la gran cantidad de muertos que deja como saldo este conflicto. Realizando la sumatoria final de todos estos aspectos, es notable que la regulación de drogas actual está lejos de ser tildada de adecuada y pertinente, en estos elementos prácticos, la prohibición de las drogas reporta un balance negativo.

Revisando otros elementos más pertinentes al objeto de estudio de este documento, se han venido ampliando diferentes elementos que controvierten las tesis en defensa de la prohibición, desde el punto de vista del Derecho y el sistema del Estado, soportando estas aseveraciones en los argumentos aquí enunciados, es posible asegurar que estas medidas representan transgresiones hacia el consumidor, siendo este un sujeto de Derechos, los cuales no se les permite ejercer en todas sus dimensiones.

Los Derechos Fundamentales no se garantizan para el consumidor, pues este corre con el infortunio de ser un paria social carente de moral y rico en degeneración, la moral única que impone un modelo perfeccionista no permite el goce de los Derechos como es el deber del Estado, a contrario los limita y regula. En este aspecto el Estado deja de cumplir con su función garantista de los Derechos Fundamentales que enuncia la constitución, pues de manera contradictoria los reprime para algunas cosas en tanto que los protege para otras situaciones de la misma naturaleza.

La solución se encuentra lejos de ser sencilla, no es posible desconocer las costumbres arraigadas a la sociedad y los imaginarios que esta tiene frente a temas controversiales como las drogas o el aborto, pero no por esto se deben sostener medidas que no guardan coherencia con el conjunto del ordenamiento jurídico desde el punto de vista filosófico.

Como anteriormente se revisó, el caso del alcohol y las problemáticas sociales y en salud que este propicia, no distan mucho de las consecuencias que tiene el consumo de drogas, en este sentido podría parecer lógico mencionar que la prohibición se debe realizar de manera generalizada, tanto para las drogas como para el alcohol, pero como resultado arrojaría medidas que cometen la misma transgresión a la libertad que genera la prohibición de las drogas únicamente, desde este punto de vista tendríamos mayores problemas, incompatibilidades y pocas garantías en la defensa de los Derechos Fundamentales, particularmente en el libre desarrollo de la propia personalidad.

Para encontrar una solución adecuada de regulación, la visión del consumidor por parte del Estado debe cambiar, el aspecto ético y moral frente a este no debe representar más que lo que cualquier ciudadano representaría, por lo tanto como cualquier ciudadano el consumidor es sujeto de derechos y no un marginado social, con este cambio de perspectiva la garantía del goce de sus Derechos Fundamentales tiene soportes firmes.

Ahora es necesario afirmar que no se está abogando por una política de consumo libre, indiscriminado y en un mercado sin regulación, ese escenario se presentaría como un polo totalmente opuesto a la prohibición, pero representa un peligro social cuyos costos no se encuentran contemplados para ser asumidos por una sociedad como la colombiana.

Cabe recordar las diferentes problemáticas que las drogas presentan en los aspectos sociales y de salud pública en general, acorde a estudios anteriormente citados como el de la OEA, se hace evidente que este tipo de sustancias son especialmente nocivas pero no por tener esta característica dista de otros productos en el mercado que tienen la misma carga negativa.

En este sentido tenemos dos escenarios extremos posibles, la total prohibición de las drogas, el alcohol, los cigarrillos, etc., que tienen como resultado una violación flagrante del derecho al libre desarrollo de la propia personalidad y a las libertades en general. Por otro lado existe un escenario de total libertad de consumo que respetaría al máximo nivel este derecho, pero que en la práctica produce costes sociales muy graves para Estado social de Derecho como Colombia.

De acuerdo a lo anterior es necesario trabajar de manera tal que no se desarrollen los escenarios extremos, pero con la condición de que las medidas acogidas tengan coherencia dentro del sistema jurídico, de esta manera surgen los puntos

medios que enfatizan en las banderas de la regulación, la prevención y el consumo responsable.

Rodrigo Uprimny, recoge estos diferentes escenarios acorde a las políticas sobre las cuales los Estados abordan el tema de las Drogas, estos modelos se mencionaron anteriormente en este texto, pero es necesario retomar uno de los modelos expuestos por este autor el cual se desenvuelve de manera intermedia alejándose de extremos ideológicos que tienen las consecuencias anteriormente mencionadas.

El modelo de “legalización selectiva o regulada”, cumple las condiciones que buscamos para dar solución a la problemática abordada, Uprimny lo define de la siguiente manera:

Algunos autores denominan este modelo como estrategias de “mercado pasivo” (Caballero), plantean que, con el fin de reducir los daños y efectos perversos de la prohibición, en términos de violencia, corrupción, erosión del respeto a la ley y afectación de los derechos de la persona, es indispensable ampliar o generalizar las estrategias de reducción del daño, por lo cual es necesario despenalizar y regular también la producción y la distribución de todas las sustancias psicoactivas. Las políticas frente al alcohol de algunos países europeos ilustran en la práctica este modelo.

Las estrategias de legalización selectiva o regulada restringen aún más el uso del derecho penal, pues descriminalizan también la producción y la distribución, con lo cual liberan recursos económicos, que les deberían permitir un aumento de los otros componentes: prevención, tratamiento e intervención comunitaria.⁵⁸

Bajo este modelo es posible visualizar un camino que permite la regulación de las drogas, equiparándola con otros elementos que causan daños similares como el alcohol, y desarrollando estrategias que prevengan usos irresponsables o desmedidos, de tal manera que se permita el consumo, pero a la vez de forma pedagógica se provea la suficiente información para que los individuos ejerzan su libertad de elegir si consumen o no lo hacen.

Uno de los aspectos más importantes del modelo de legalización selectiva o regulada, es que permite garantizar las libertades individuales, reconociendo al consumidor como un sujeto de Derechos y por ende que los mismos gozan de protección y garantías por parte del Estado, por lo tanto estaríamos muy distantes

⁵⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Drogas, Derecho y Democracia, Op. Cit., p. 5

del modelo perfeccionista que juzga y caracteriza los individuos acorde a condiciones que impone una única moral.

Evidentemente la regulación propuesta no es una utopía en la práctica, puesto que actualmente los Estados ejercen este tipo de medidas para el consumo de otros productos, por ejemplo en el caso del tabaco y el alcohol, los cuales son restringidos para ciertos públicos, en determinados espacios y su acceso depende de la mayoría de edad que permite tener un criterio de elección, claro está, estos elementos dependen íntegramente del correcto funcionamiento de las políticas de prevención, educación y tratamiento.

3. CONCLUSIONES

Primera: En el análisis iusfilosófico que se desarrolló se trabajó desde el enfoque de los derechos fundamentales a luz del paradigma moderno de la posición de los Estados frente a la droga, desde un punto de vista liberal del Derecho en el cual prima la posibilidad del individuo de estructurar su propio plan de vida sin intromisión por parte de la autoridad, claro que esa libertad está supeditada al ejercicio de las libertades de los demás individuos que conforman una comunidad.

Principalmente se abordaron las libertades individuales y el entorpecimiento de su ejercicio debido a medidas de prohibición del consumo de drogas, básicamente en este contexto se deriva la hipótesis propuesta.

Todos estos elementos permitieron la generación de una propuesta teórica de una regulación diferente de las drogas, que busca abordar el tema de manera responsable de tal forma que se respete el ejercicio de los Derechos fundamentales al mismo tiempo que se toman medidas serias frente al consumo.

Segunda: Uno de los aspectos que se deben resaltar en este trabajo es el cambio de paradigma sobre la visión del consumidor de droga, de tal manera que se logren superar aquellos estigmas que indican que estas personas son el resultado de una degeneración moral y social e inclusive tienen una especie de inferioridad ante los demás individuos de la comunidad.

Cambiando el pensamiento anterior es posible empezar a entender y asumir al consumidor como un individuo sujeto de derechos, los cuales puede ejercer en todas sus dimensiones como lo hacen sus semejantes en el Estado de Derecho, este cambio es la piedra angular para proponer una regulación diferente sobre las drogas, además de evidenciar las problemáticas que la prohibición acarrea en términos de vulneración de Derechos Fundamentales.

Tercera: En la extensa comparación realizada entre el consumo de drogas y el consumo de alcohol además de otras sustancias, logramos visualizar

como las problemáticas de un tipo de consumo equipara las del otro, en algunos casos se superan mutuamente, pero como resultado obtenemos que la prohibición no radica en un pensamiento razonable del Estado frente a los problemas que acarrea el consumo de drogas, la prohibición radica en el sesgo moral que se tiene frente al consumidor, además de lo que las drogas representan para aquellos que imponen las normas fundamentados en la falacia de tener una única verdad.

Al realizar este análisis es posible concluir, en cuanto al paternalismo jurídico, que de manera justificada representa una forma de implementar medidas que apoyan la labor garantista del Estado de Derecho, permite preservar la vida y promover acciones que aseguren el goce de los Derechos Fundamentales, todo lo anterior en tanto se encuentre dentro de los parámetros de la ética del Estado, es decir, la ética general y pública que atiende a intereses colectivos y no particulares.

En los casos en los cuales se implementen medidas que juegan un papel limitador en términos del disfrute de los derechos, por medio de cosmovisiones específicas o una determinada ética que expone una única verdad frente a lo moral, ya no podemos hablar de paternalismo y mucho menos justificado, esta delgada frontera ética diferencia este concepto del perfeccionismo moral.

En cuanto a la regulación del consumo de drogas, el paternalismo jurídico no es precisamente el modelo teórico más adecuado que puede representar el fundamento de las medidas de prohibición frente a las drogas por parte del Estado, aunque la primera impresión que se tiene de la prohibición es que se debe a un paternalismo jurídico que se fundamenta en la salud pública y la protección de la vida del consumidor, posterior al análisis desarrollado encontramos que en aspectos pragmáticos y utilizando argumentos comparativos, se evidencia lo erróneo de esta posición.

Cuarta: En términos de derechos fundamentales se ha demostrado aquí, usando el caso de las drogas, cómo el perfeccionismo moral acarrea una violación evidente al ejercicio de las libertades individuales, puntualmente es un impedimento para disfrutar del derecho al libre desarrollo de la propia personalidad.

De acuerdo a lo anterior aquellas personas que tienen el hábito del consumo de drogas, son inmediatamente frustradas por el ordenamiento

jurídico en el intento de evaluar, diseñar y poner en marcha sus propios planes de vida, aún dentro del marco constitucional que se los permite.

Por lo tanto se hace evidente la necesidad de transformar la actual regulación de las drogas que se realiza en nuestros países, la guerra contra las drogas, desde diferentes aspectos como la violación a derechos fundamentales, la violencia causada por ilegalidad y las problemáticas que acarrearán las malas políticas prohibicionistas se soporta esta afirmación.

En esta línea de pensamiento se fortalece el modelo de regulación selectiva mencionado en el texto de Rodrigo Uprimny, que básicamente regula la producción y distribución de sustancias psicoactivas, eliminando el factor violencia, al mismo tiempo que previene, realiza tratamiento médico profesional e interviene en la comunidad, de manera que por medio de la pedagogía, los posibles riesgos del consumo de drogas sean conocidos ampliamente y la realización de este acto solo responda a una decisión totalmente consiente e informada.

Quinta: De acuerdo al fundamento liberal sobre el cual se desarrolló todo el análisis en este trabajo, es necesario anotar que implementando medidas de regulación de las drogas diferentes, como la mencionada anteriormente, estaremos fortaleciendo la garantía de ejercer la libertad de cada individuo.

Los cambios de enfoque en el tratamiento de estas medidas permitirán fortalecer la labor garantista del Estado de Derecho, principalmente asegurar el ejercicio de los Derechos fundamentales y en el caso específico que aborda este análisis, el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad, en el cual los individuos adquieren el poder de decidir los diferentes aspectos y dimensiones que componen sus propios planes de vida.

4. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo*, En: DOXA, Vol, 5, 1988

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad: Pensamiento contemporáneo 24*, Madrid: Editorial Paidós, 1993. p. 54

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio peces – barba*, Universidad Carlos III Madrid: Instituto Bartolomé de las casas, 2008, pp. 192 – 195

CAMPOY, Ignacio. *Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos*, Universidad Carlos III Madrid, 2004.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA 1991, *Artículo 16, de los derechos fundamentales*.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-336/08. 2008. [en línea]. Bogotá D.C: Corte constitucional de Colombia, 2008*, [Consultado el 21 de marzo de 2014]. Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *La Salud Pública [En Línea]*, Bogotá D.C: DNP, [Consultado el 20 de Abril de 2014] Disponible en internet: <https://www.dnp.gov.co/Programas/DesarrolloSocial/Subdirecci%C3%B3ndeSalud/Saludp%C3%BAblica.aspx>

DROGAS Y SALUD PÚBLICA, *El problema de las drogas en américa: estudios [en línea]*, Washington: Organización De Los Estados Americanos – OEA, [Consultado el 17 de abril de 2014]. Disponible en internet: http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsPublicHealth_ESP.pdf

Dworkin, Gerald: “*Paternalism*”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, cit., p. 19. Citado por: ALEMANY, Macario. *El concepto y justificación del paternalismo*, Tesis Doctoral, Alicante, Universidad de Alicante, 2005. p. 93

ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas [en línea]*, [Consultado el 02 de mayo de 2014]. www.escohotado.org. Disponible en internet: <http://www.escohotado.com/historiageneraldelasdrogas.asp>

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre la relación entre la pena como aflicción o dolor y la pena como privación de un derecho*, 1995, No 29. Citado Por: UPRIMNY, Rodrigo. *Drogas, Derecho y Democracia*, Facultad de derecho – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

GARZON VALDES, Ernesto. *¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo?*, En: DOXA, Vol, 5, 1988

GEORGE, Robert. *Social Cohesion and legal enforcement of morals: A reconsideration of the Hart- Devlin Debate. The American Journal of jurisprudence*, 1990, p. 20. Citado por: MALEM, Jorge. *Moral y Derecho: De la imposición de la moral por el derecho, la disputa Hart – Devlin*, En: ISONOMIA, Vol, 4, 1996, p. 10

MALEM, Jorge. *Moral y Derecho: De la imposición de la moral por el derecho, la disputa Hart – Devlin*. En: ISONOMIA, Vol, 4, 1996

MILL, John Stuart. *Sobre la Libertad (1859)*, Traducido al español, Ediciones Aguilar: Libera Los Libros, [Consultado el 09 de abril de 2014]. Disponible en Internet: <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>

NEUMAN, Elías. *La legalización de las drogas, Una visión latinoamericana*, [Consultado el 20 de noviembre de 2012] Disponible en internet: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1996/11/11_una_vision_latinoamericana.pdf

NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, Ariel Derecho, Ariel, Barcelona, 1989, p. 413

NINO, Carlos. *Ética y Derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, 2da Edición, Buenos Aires: 1989, Capítulo 10.

ONTIVEROS, Miguel. *El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del estado constitucional)*, Instituto nacional de ciencias penales, México. p. 154

Paternalismo [En línea], Madrid: Real Academia Española – RAE, 2014, [Consultado el 19 de marzo de 2014]. Disponible en internet: <http://lema.rae.es/drae/?val=paternalismo>

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Anuario de Filosofía del Derecho: Ética pública- Ética privada*, 14 Ed, Universidad Carlos III de Madrid, 1997, p. 539

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría General, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III Madrid, 1995, p. 231

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Universidad Carlos III Madrid, Instituto Bartolomé de las casas, 2003, p. 231

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad humana [En Línea]*, Universidad Carlos III de Madrid, [Consultado el 30 de Enero de 2014] Disponible en internet: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf?sequence=1

RAMIRO, Miguel Ángel. *A vueltas con el paternalismo jurídico*, Universidad Carlos III de Madrid, 2006: p. 221

UPRIMNY, Rodrigo. *Drogas, Derecho y Democracia*, Texto presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL, 2002, Bogotá, p. 4

VILAJONOSA, Josep. *Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal*, En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Vol, 11, 2007/2008, p. 153